# Das Recht am Erlös aus einem Pfandverkauf.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg a. L.

vorgelegt von

Walter Reese, Ref.
aus Bodenwerder a. W.

Marburg
Druck der Kurhessischen Verlagsdruckerei
1926

Von der juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg angenommen am 29. Oktober 1925.

Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. Leonhard.

# Inhaltsverzeichnis

## A. Einleitung

## B. Das Recht am Erlös aus einem Pfandverkauf

Seite

I. im Regelfall rechtmäßiger Pfandveräußerung bei gültigem Pfandrecht. 8

a) Surrogation der Hyperocha nicht des Gesamterlöses. 8

b) Die Rechtslage bei mehreren konkurrierenden dinglichen Rechten,

a) Pfandrechten 14

b) Pfandrechten und Nießbrauch. 20

II. Das Recht am Erlös bei mangelnder Barzahlung.

a) Verkauf ohne Barzahlung auf Grund einer Vereinbarung (§ 1245/46). 26

b) ohne gültige Vereinbarung. 28

III. Zeitpunkt des Eintritts der Wirkungen des § 1247. 31

IV. Das Recht am Erlös aus einer unrechtmäßigen aber nach § 1244 wirksamen Pfandveräußerung

a) bei gültigem Pfandrecht 34

b) bei Mangel des Pfandrechts

a) Anwendbarkeit des § 1247 auf diesen Fall 36

b) Auslegung der Worte „zu seiner Befriedigung gebührt" 41

## C. Zweckmäßigkeit des gewonnenen Ergebnisses

# Schrifttum.

## I. Lehrbücher:

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II 6. Aufl. 1913.
Dernburg, Die Schulverhältnisse 1915.
Das Sachenrecht 1908.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I u. II. 8 – 9. Aufl.
Enneccerus=Kipp=Wolf, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I 1 – II 1 (1921)
v. Gierke, Deutsches Privatrecht 1905.
Hellwig=Oertmann, System des deutschen Zivilprozeßrechts 1919.
Kretzschmar, Sachenrecht 1906.
Leonhard, Fr. Lehrbuch in kurzen Sätzen 1923.
Windscheid=Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I u. II 9. Aufl.

## II. Kommentare:

Biermann, Sachenrecht 3. Aufl. 1914.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 3.–4. Aufl.
Kommentar der Reichsgerichtsräte 1921.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse 1910.
Planck, Kommentar zum BGB II 1. 4. Aufl.
Staudinger, Kommentar zum BGB Bd. II u. III 7. u. 8. Aufl.

## III. Einzelabhandlungen:

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen, Berlin 1901.
Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 1908.
Freund, Der Eingriff in fremde Rechte (Leonhards Studien, 7. Heft).
Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, Berlin 1910.
Jung, Bereicherungsanspruch und der Mangel des rechtlichen Grundes.
Kohler, Bürgerlich=rechtliche und prozeßrechtliche Elemente im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung. Grünhuts Zeitschr. Bd. 33, 561.
" Pfandrechtliche Forschungen, Jena 1882.
Leonhard, Fr. Aufrechnung gegen eine Nichtschuld. Bürgerliches Archiv, Bd. 21 S. 171 ff.

Oertmann, Die Frage der Bereicherungshaftung, Zivilistisches Archiv, Bd. 96 S. 1 ff.
Schulz, Eingriffserwerb, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 105 S. 1 ff.
Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung.
Wolff, Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache (in Festgabe für Hübler S. 63 ff.) Berlin 1905.

## IV. Dissertationen:

Bloch, Die Wirkungen des Mobiliarpfandverkaufs.
Franke, Der Eingriff in Vermögensstücke von Nichtschuldnern. Marburg 1912.
Fröhlich, Haftung des Gläubigers. Breslau 08.
Geiger, Der Überschuß aus dem Fahrnispfanderlös. Erlangen 1907.
Günther, Die Wirkungen des Pfandverkaufs nach BGB. Rostock 1903.
Knauer, Der Erlös aus einem Pfandverkauf ohne gültiges Pfandrecht. Marburg 1913.
Nebinger, Der nichtrechtmäßige Pfandverkauf. Stuttgart 1908.
Westhoff, Die Wirkungen des Faustpfandverkaufs. Erlangen 1901.

# Einleitung.

Wenn über eine Frage bereits eine derartige Anzahl von Einzelabhandlungen vorliegt, wie es bei der nach den rechtlichen Wirkungen des Pfandverkaufs zutrifft, so bedarf es immerhin einer Begründung nnd Rechtfertigung, wenn diese Zahl noch durch eine weitere Arbeit vermehrt werden soll. Denn es ist in einem solchen Fall anzunehmen, daß die so viel erörterte Frage entweder restlos geklärt ist oder aber, daß eine weitere Klärung und eine Beseitigung der rechtlichen Streitfragen mit Rücksicht auf den unklaren Wortlaut des Gesetzes nicht möglich ist. Daß diese Annahme unbegründet ist, kann sich im einzelnen nur aus der Arbeit selbst ergeben. Hingewiesen sei aber schon darauf, daß die bisherigen Abhandlungen, abgesehen von wenigen Ausnahmen, die rechtlichen Wirkungen des Pfandverkaufs nur unter dem Gesichtspunkt ganz spezieller Fälle insbesondere dem materieller oder formeller Unrechtmäßigkeit behandeln. Dabei wird die Beantwortung der Grundfragen zu sehr davon abhängig gemacht, ob auch bezüglich der Ausnahmeerscheinungen die Rechte der Beteiligten in genügender Weise gewahrt sind. Die übertriebene Rücksichtnahme auf die Folgen des bestimmten zum Ausgangspunkt gewählten Sonderfalls führt dann dahin, daß die Durchführung der so gewonnenen Grundsätze schwere Unbilligkeiten in anderen nicht so fern liegenden Fällen mit sich bringt. Dem gegenüber wird die vorliegende Arbeit den Grundfragen des Pfandverkaufs ihre besondere Aufmerksamkeit zuwenden. Naturgemäß konnten nicht die gesamten Rechtsfragen, die mit dem Pfandverkauf in Zusammenhang stehen, erörtert werden. Vielmehr erwies sich eine sachliche Beschränkung als unbedingt erforderlich. Die Frage nach den dinglichen Wirkungen des Pfandverkaufs auf den Erlös schien aber eine so allgemeine und in sich abgeschlossene, daß sich eine besondere Behandlung verlohnt.

## Das Recht am Erlös im Regelfall des § 1247 BGB.

Die grundsätzliche Frage, in welche dingliche Rechtslage der Erlös aus einem Pfandverkauf tritt, beantwortet das BGB in einem einzigen Paragraph, nämlich dem § 1247. Seine Anwendbarkeit ist dem Wortlaut nach nur davon abhängig, daß 1. ein Erlös überhaupt vorhanden ist, und 2. daß dieser Erlös ein Erlös aus dem Pfande ist. Die Worte „Pfandgläubiger" und „zu seiner Befriedigung gebührt" enthalten keine weiteren Voraussetzungen für die Anwendbarkeit. Denn wenn ein Pfand vorhanden ist, ist auch ein Pfandgläubiger da, dem etwas zu seiner Befriedigung gebührt. Da die Hyperocha (§ 1247 Satz 2) an die Stelle des Pfandes treten soll, muß dagegen auch 3. die Möglichkeit dieses gesetzlich vorgeschriebenen Ergebnisses Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 1247 sein. Das Pfand muß also aus der dinglichen Rechtslage, in der es sich ursprünglich befand, ausgeschieden sein. Das trifft dann und im Zusammenhang mit der Pfandverwertung nur dann zu, wenn das Pfand nicht nur verkauft, sondern auch wirksam veräußert ist.

Die erste Frage, ob ein Erlös vorhanden ist, beantwortet sich rein tatsächlich. Sie ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Käufer (Ersteher) bares Geld ausgesondert und dem Verkäufer (Pfandgläubiger) übereignet hat. Dieses gezahlte Geld ist als solches aber noch nicht Erlös, sondern würde, wenn eine Besonderheit nicht vorläge, Kaufpreis genannt werden. Zum „Erlös aus dem Pfande" wird das gezahlte Geld dadurch, daß es durch Verwertung des Pfandes aus diesem gewonnen wird. Die Verwertung erfolgt durch Verkauf (§ 1228 BGB). Die Eigenart, die den Kaufpreis zu einem „Erlöse aus dem Pfande" macht, woran sich dann die besonderen Rechtsfolgen knüpfen, besteht darin, daß der Verkauf nach den besonderen für den Verkauf eines Pfandes geltenden Vorschriften bewirkt wird[1]). Zweifelhaft ist nur, ob diese Vorschriften sämtlich beobachtet sein müssen, um den Kaufpreis als „Erlös aus dem Pfande" bezeichnen zu können. Dem Wortsinn würde es m. E. genügen, wenn die wesentlichste dieser Vorschriften erfüllt ist, nämlich Verkauf der Sache als Pfand im Wege öffentlicher Versteigerung[2]). Immerhin ist das streitig.

Aus dem Gesagten ergibt sich, welcher der Regelfall des § 1247 BGB ist. Verstanden wird darunter der Fall, auf den

---

[1]) § 1233 Abs. 2 — § 1240.

[2]) § 1247, 1235 BGB.

die Anwendung des § seinem Wortlaut nach unzweifelhaft ist:

> Eine mit gültigem Pfandrecht belastete Sache ist unter Beobachtung der in den §§ 1234 — 1240 enthaltenen Vorschriften verkauft und das Eigentum an der Sache ist auf den Ersteher gegen Zahlung des Kaufpreises übertragen.

Daß dies der Regelfall der Pfandverwertung ist, erscheint selbstverständlich. Es sollte hier aber darüber hinaus der Nachweis geführt werden, daß § 1247 BGB bei strengem Festhalten an den Wortlaut nur auf diesen Fall mit Sicherheit angewendet werden kann.

Bezüglich der Frage, in welche dingliche Rechtslage in diesem Fall der Erlös tritt, ist aus § 1247 BGB mit absoluter Sicherheit nur zu entnehmen, daß der Erlös, soweit er dem Pfandgläubiger nicht zu seiner Befriedigung gebührt, an die Stelle des Pfandes tritt, also in das Eigentum des früheren Pfandeigentümers fällt[1]). In Höhe des dem Gläubiger gebührenden Erlöses gilt nach Satz 1 die Forderung als berichtigt. Das scheint vorauszusetzen, daß der Gläubiger an diesem Teile Eigentum erwirbt. So nimmt Plank[2]), in der Tat an, daß mit dem Erlöschen der Forderung zugleich der Eigentumserwerb des verkaufenden Gläubigers geordnet sei. Allein es läßt sich dies nicht mit zwingender Notwendigkeit schließen, denn es wäre auch eine andere gesetzliche Regelung möglich (z. B. daß der Gläubiger nur ein Aneignungsrecht am Erlöse erhielte, vgl. u). Daß der Gläubiger an dem ihm gebührenden Teil Eigentum erwirbt, ergibt sich aber aus dem Fehlen einer besonderen Bestimmung über diesen Erlösteil. Soweit nichts anderes angeordnet ist, sind auf ein Rechtsgeschäft die allgemeinen Rechtsnormen anzuwenden. – Der Pfandgläubiger schließt im eigenen Namen nicht etwa als Vertreter (dies dürfte heute unbestritten sein) mit dem Ersteher einen Kaufvertrag ab. Er ist somit Gläubiger der Kaufpreisforderung. Seine Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrage kann der Käufer (Ersteher) nur durch Zahlung an den Gläubiger erfüllen (§ 362 BGB). Er will also, daß dieser

---

1) Die dinglichen Rechte Dritter bleiben zunächst außer Betracht, da sie für die hier zu beantwortende Grundfrage, wer Eigentum am Erlös erwirbt, belanglos sind.

2) 3. Aufl. Kommentar, Bd. 3 § 1247 Bem. 2 a.

Eigentum am Geld erhält. Die Erklärung, Eigentum auf den Gläubiger übertragen zu wollen, liegt in der Zahlung, die im Zweifel an den Gläubiger im Kausalverhältnis erfolgt[1]). Eine entsprechende Erklärung des Eigentumerwerbswillens auf Seiten des Gläubigers liegt in der Entgegennahme der Zahlung. Denn das Nehmen erfolgt im Zweifel in der Absicht, für sich Eigentum zu erwerben. Daß der Gläubiger diese Absicht auch tatsächlich hat, ist unzweifelhaft, denn er will sich mit dem Gelde befriedigen. Da neben der Einigung auch die Übergabe des Geldes erfolgt, erwirbt der Gläubiger das Geld nach den allgemeinen Traditionsgrundsätzen zu Eigentum.

Erscheint diese Auffassung auch als eine logische Folge der Regelung des § 1247, so ist sie gleichwohl nicht ganz unbestritten. Insbesondere sucht Hirsch[2]) ausführlich zu begründen, daß der gesamte Erlös eines Pfandverkaufs an die Stelle des Pfandes tritt. Seine Ansicht, die dem insoweit klaren Wortlaut und Sinn des § 1247 BGB widerspricht, ist nur aus dem Bestreben heraus zu verstehen, die Befriedigung des Gläubigers und die Rechte am Befriedigungsobjekt in allen Pfandrechtsfällen einheitlich zu gestalten.

Als Ausgangspunkt für seine Lehre wählt Hirsch das Pfandrecht am Geld[3]). Hier nimmt auch die herrschende Meinung[4]) an, daß der Gläubiger sich nach Eintritt der Pfandreife durch Aneignung des Geldes in dem ihm gebührenden Betrage befriedigen kann. Hirsch meint nun, es läge kein Grund vor, „den Gelderlös anders zu behandeln als das Geldpfand"[5]). Dabei übersieht er offenbar, daß der Fall, von dem er ausgeht, eine theoretische Möglichkeit darstellt, die im Rechtsverkehr fast nie praktisch wird. Denn die Verpfändung dient dazu, eine Forderung, die man aus Mangel an Barmitteln nicht tilgen kann, durch andere Gegenstände als Geld sicherzustellen. Daraus erklärt sich auch, daß der von Hirsch gewählte Fall im Gesetz keine unmittelbare Regelung gefunden hat.

Im Gegensatz zu der Folgerung von Hirsch ist deshalb zu fragen, weshalb die rechtliche Behandlung des Geldpfandes eine

---

1) Vgl. Leonhard, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, S. 214 und Stellvertretung beim Fahrniserwerb S. 31 ff.

2) Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung (1910) S. 390 ff. Ebenso Hamburger, Recht aus der Haftung (1915) S. 78 ff. und ohne Begründung, Kohler (1919) Lehrbuch S. 498.

3) S. 397.

4) Vgl. statt aller RGR-Kommentare § 1228 Bem. 1.

5) S. 400.

andere ist als die des gewöhnlichen Sachpfandes (des Normalfalles). Die Antwort liegt auf der Hand. Der Verkauf fällt im ersten Falle fort, infolgedessen kann der Eigentumserwerb des Gläubigers sich nicht auf dem gewöhnlichen Weg von Einigung und Übergabe vollziehen. Das Bedenken, das Hirsch gegenüber der herrschenden Auffassung äußert[1]), sie verstoße gegen den allgemeinen Grundsatz, „daß niemanden wider seinen Willen ein Recht aufgedrängt wird", ist unbegründet. Denn der Erwerb vollzieht sich im Wege des Rechtsgeschäfts, durch Einigung und Übergabe. Anders nach Hirsch, der den Sacheigentümer kraft Gesetzes, also ohne Rücksicht auf seinen Willen, Eigentümer des gesamten Erlöses werden läßt. Daß im übrigen das Aufdrängen nicht bedenklich ist, sei nur nebenher bemerkt.

Im einzelnen kann auf die sehr umfangreichen Darlegungen Hirschs hier nicht eingegangen werden. Es mag genügen festzustellen, wie wenig sich seine Auffassung mit dem Wesen des Pfandrechts und inbesondere mit § 1247 BGB in Einklang bringen läßt. Nach der Definition des § 1204 berechtigt das Pfandrecht den Gläubiger, „Befriedigung aus der Sache zu suchen". Diese Befriedigung erfolgt durch Verkauf (§ 1228). Dem widerspricht die Gegenansicht, daß nur das Geldpfand dem Gläubiger eine unmittelbare Befriedigungsmöglichkeit gibt. Denn nur diesem wohnt das Aneignungsrecht inne. Beim Sachpfand wird der Pfandgläubiger nicht schon durch den Verkauf befriedigt, sondern er erhält dadurch erst ein unmittelbares Recht, sich zu befriedigen, nämlich ein Pfandrecht am Erlös.

Unzutreffend ist die Gegenansicht ferner deshalb, weil schon mit der Empfangnahme des Erlöses die Forderung erlischt (§ 1247 Satz 1). Damit erlischt aber gleichzeitig das Pfandrecht (§ 1252), aus dem der Gläubiger sein Aneignungsrecht ableitet. Erlischt nun ein Recht in dem Augenblick, indem es entsteht, so kommt es überhaupt nicht zur Existenz. Es kann daher von dem Berechtigten nicht ausgeübt werden. Endlich scheitert die Auffassung Hirschs an dem Wortlaut des § 1247. Nicht der ganze Erlös tritt an die Stelle des Pfandes, wie Hirsch meint, sondern nur der Teil, der dem Gläubiger nicht zu seiner Befriedigung gebührt. Denn was könnten die Worte „soweit im übrigen" anders besagen. Die von Hirsch versuchte Erklärung „soweit nicht der Pfandgläubiger von seinem Aneignungsrecht Gebrauch zu machen befugt ist," findet im Gesetz keinen Anhalt und hilft auch nicht über die für die Gegenansicht bestehende Schwierigkeit

---

[1]) S. 401.

hinweg. Wenn der Erlös nur an die Stelle tritt, so weit nicht, tritt er eben nicht in voller Höhe an die Stelle des Pfandes [1]).

Auch die geschichtliche Entwicklung des „Rechts am Erlös" spricht gegen die Annahme gänzlicher Surrogationen. Daß der betreibende Pfandgläubiger Eigentum an dem vom Ersteher gezahlten Geld nach den gewöhnlichen Traditionsgrundsätzen erlangte, war im römischen und gemeinen Recht und ebenso im deutschen und preußischen Recht fast unbestritten [2]). Wo die Gegenansicht, der Sacheigentümer werde Eigentümer des Erlöses und der Pfandgläubiger habe nur ein Pfandrecht daran [3]), einmal auftauchte, wurde sie auf das lebhafteste bekämpft. Es ist nicht anzunehmen, daß das BGB diese fast allgemein abgelehnte Auffassung wieder aufnehmen wollte. Hinzu kommt, daß nach dem BGB der Eigentumserwerb des Gläubigers sich ebenso wie nach früherem Recht auf Grund der gewöhnlichen Traditionsregeln vollzieht. Eine Ausnahme gegenüber diesen allgemeinen Regeln ist nur in § 1247 Satz 2 aufgestellt. Als Ausnahmevorschrift darf der Satz 2 nur aus den dringendsten Gründen entgegen dem klaren Wortlaut auf ein weiteres Gebiet angewandt werden als auf das, für das er bestimmt ist. Solche Gründe sind hier nicht vorhanden. Die Gegner erkennen selbst an, daß der Unterschied der Auffassungen „von mehr theoretischer Bedeutung ist". Ein praktischer Unterschied soll sich beim Verkauf vor Fälligkeit ergeben, wir werden aber sehen, daß die gesetzliche Regelung des § 1247 BGB hier zu demselben Ergebnis führt. Dem Pfandgläubiger gebührt vor der Fälligkeit der Forderung noch nichts, infolgedessen tritt der ganze Erlös nach Satz 2 an die Stelle der Sache, belastet mit dem Pfandrecht des Gläubigers.

Weiter spricht gegen die bekämpfte Auffassung, daß sie ohne Grund den natürlichen Vorgang der Tradition zerreißt. Der Ersteher legt dem Gläubiger das Geld auf den Tisch. Dieser nimmt es weg und eignet es sich an. Heinsheimer [4]) bemerkt mit Recht, daß, wenn ich gebe, damit ein anderer nimmt, ich eben tradiere.

---

[1]) Wenn sich später Ausnahmen von dem Grundsatz ergeben, daß § 1247 keine gänzliche Surrogation vorschreibt, so ändert das doch an der Tatsache nichts, daß das Gesetz sich zweifellos anders ausgedrückt hätte, wenn im Regelfall der ganze Erlös an die Stelle der Sache hätte treten sollen. Vgl. im übrigen Knauer S. 15—16.

[2]) I 11 § 2 D. 19, 1, Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 40 ff. — Windscheid S. 829; Dernburg, Pand. Bd. II S. 185 ff. S. 219; ALR I, 20 § 219; Sachsenspiegel I 70 § 2.

[3]) pignus irregulare S. 23 ff. Diss. von Pfaff.

[4]) Heinsheimer, Krit. V. J. Schr. Bd. 49, S. 483.

Es ist daher mit Recht fast unstreitig, daß § 1247 für den Teil des Satz 1 die gewöhnlichen Traditionsgrundsätze gelten läßt und nur der Überschuß des Pfanderlöses über die Forderung an die Stelle der Sache tritt. Ist ein Überschuß nicht vorhanden, so fällt der ganze Erlös in das Eigentum des Pfandgläubigers.

Für den Fall, daß der Erlös die dingliche Forderung übersteigt, ergibt sich eine Schwierigkeit daraus, daß der Erlös einheitlich in nicht unterscheidbaren Geldstücken gezahlt wird. Da sich somit nicht feststellen läßt, welcher Teil des Erlöses in das Eigentum des Gläubigers und welcher in das Eigentum des früheren Sacheigentümers gefallen ist, muß angenommen werden, daß zunächst Miteigentum des Pfandgläubigers und des Sacheigentümers analog § 948/47 entsteht. Die Regelung der §§ 947 ff. beruht darauf, daß zwei oder mehrere Sachen tatsächlich (§ 947) oder rechtlich (§ 948) untergehen, und eine neue einheitliche Sache daraus entsteht. Die Rechte, die an den Einzelsachen bestanden haben, konzentrieren sich jetzt auf die eine neue Sache. Das erfordert Umwandlung des Einzeleigentums in Miteigentum. Was dann gilt, wenn mehrere Sachen rechtlich zu einer Einheit verschmelzen, muß aber auch dann gelten, wenn mehrere Sachen, die bereits rechtlich eine Einheit bilden, in das Eigentum verschiedener Personen fallen [1]). Eine „untrennbare Vermischung" liegt nun nicht nur dann vor, wenn der Ersteher in Geldstücken gezahlt hat, aus denen die Teile des Satz und Satz 2 des § 1247 BGB nicht durch einfache Teilung zu gewinnen sind (wo also noch ein Wechseln der Stücke erforderlich ist) [2]), sondern in jedem Fall einheitlicher Zahlung. Denn immer ist unbestimmt, welche Stücke dem Gläubiger und welche dem Sacheigentümer zustehen. Da der Begriff untrennbarer Vermischung ein rein tatsächlicher ist, dürfte er den letzteren Fall umfassen.

Zu beachten ist, daß bei Geld richtiger Auffassung nach nie ein Teil als die Hauptsache anzusehen ist, mag sein Wert dem des andern Teils gegenüber auch noch so gering sein [3]). Alleineigentum kann also bei Vermischung von Geld nach § 947,2 nie erworben werden. Von Bedeutung ist dies für die nachstehenden dinglichen Rechte, die nach § 1247 Satz 2 am Überschuß fortbestehen. Würde in dem oben dargelegten Fall der Pfandgläubiger

---

1) Übereinstimmend Biermann, Bem. zu § 1247.

2) So Biermann zu § 1247.

3) Vgl. Planck, § 948 Bem. 2 a.

Allein=Eigentum am Erlöse erwerben, so würden die dinglichen Rechte, die an dem Überschuß bestanden, auf Grund von § 949 Satz 1 erlöschen. Dafür, daß sie auf den Anspruch des früheren Sacheigentümers aus § 951 übertragen werden, wie Biermann [1]) annimmt, gibt das Gesetz keinerlei Anhalt. Aus § 1247 Satz 2 ergibt sich nur, daß sich die Rechte an dem Erlöse fortsetzen. Schwerlich kann man aber die Forderung aus § 951 als Erlös bezeichnen. Der Erlös ist das Entgelt, das durch den Verkauf des Pfandes erzielt wird. Er steht damit in unmittelbarer Beziehung zu dem Verkauf. Nach dem Gesagten kann man wohl bei rechtmäßiger Kreditierung (§ 1238/45/46) die Forderung gegen den Ersteher als Erlös bezeichnen, nicht aber eine Forderung, die der Eigentümer aus anderem Anlaß (hier der untrennbaren Vermischung) gegen den Pfandgläubiger erwirbt. Für den Fall der Vermischung gilt keine Surrogation. Die dinglichen Rechte, die an der Nebensache bestanden, erlöschen (§ 949) und setzen sich nicht an der Forderung aus § 951 fort. Davon für unseren Fall eine Ausnahme zu machen, erscheint nicht gerechtfertigt.

Nach der Gegenansicht besteht natürlich auch die Möglichkeit, daß der Pfandgläubiger an dem ihm gebührenden Teil kein Eigentum erwirbt sondern nur einen Anspruch aus § 951 erhält. Emmerich [2]) nimmt nun, um dieses Ergebnis zu vermeiden, an, daß die Regelung des § 947,2 durch die Sonderregelung des § 1247 ausgeschlossen sei [3]). Mit dem Erlöschen der Forderung müsse der Eigentumserwerb des Gläubigers Hand in Hand gehen. — Widersprechende Rechtssätze, von denen der eine als Sonderregelung den andern ausschließt, sind aber in Wahrheit nicht vorhanden. Einmal handelt es sich um eine allgemeine Erwägung, nicht um einen Sonderrechtssatz, sodann beruht das Nichteintreten des Eigentumserwerbs seitens des Pfandgläubigers auf ganz selbständigen Gründen. Allgemein verliert der Eigentümer der Nebensache bei untrennbarer Vermischung sein Eigentum. Daß der Gläubiger es nicht sollte verlieren können, ist unbegründet, ebenso kann aber, wenn die Vermischung bereits besteht, ein Eigentumserwerb überhaupt nicht wirksam werden.

Im Folgenden ist zu prüfen, wie sich im einzelnen die Rechtslage gestaltet, wenn mehrere dingliche Rechte an dem Pfande

---

[1]) zu § 1247; so auch Emmerich S. 354 u.

[2]) S. 354/55.

[3]) Anders, wenn der Gläubiger Alleineigentum erwirbt. Dort sollen sich die Rechte, die am Pfande bestanden, an der Forderung aus 951 fortsetzen.

bestanden. Handelt es sich nur um Pfandrechte und verkauft der dem Range nach erste Pfandgläubiger, so erlangt dieser auf Grund der gewöhnlichen Traditionsnormen Eigentum am Erlös in Höhe seiner dinglichen Forderung. Da der Erlös im übrigen an die Stelle der Sache tritt, setzen sich die nachfolgenden Pfandrechte am Überschuß fort. Demgegenüber nimmt Endemann [1]) an, daß auch von den nachstehenden Pfandgläubigern ein jeder an dem ihm gebührenden Teil Eigentum erwerbe. Surrogation des Erlöses tritt nach seiner Ansicht nur hinsichtlich des Überschusses aus dem letzten Pfandrecht ein. Diese Auffassung erweist sich als unzutreffend. Nicht so sehr spricht gegen sie der Satz 2 des § 1247, wie Geiger [2]) meint, denn er behält auch nach der Ansicht Endemanns seine Bedeutung, obwohl der Gesetzgeber im Sinne dieser Auffassung vielleicht besser gesagt hätte: „im übrigen fällt der Erlös in das Eigentum des früheren Pfandeigentümers", statt: „tritt an die Stelle". Entscheidend sind vielmehr die Worte: soweit der Erlös dem Pfandgläubiger gebührt. Da das Gesetz in allen anderen Fällen die Möglichkeit, daß mehrere Pfandgläubiger vorhanden sind, sorgfältig berücksichtigt, ist nicht anzunehmen, daß es hier mit „dem Pfandgläubiger" beim Zusammentreffen mehrerer diese alle meint. Berücksichtigt man dazu den Zusammenhang [3]), so ergibt sich, daß „der" Pfandgläubiger ein ganz bestimmter ist, nämlich der, der den Verkauf betreibt. Soweit der Erlös diesem einen nicht gebührt, tritt er an die Stelle. Auch fehlt es an jedem Anhalt, wie sich der Eigentumserwerb der nicht betreibenden Gläubiger vollziehen sollte. Daß durch Satz 1 des § 1247 ein Eigentumserwerb des Pfandgläubigers an dem ihm gebührenden Teil des Erlöses nicht vorgeschrieben ist, daß vielmehr Satz 1 die allgemeinen Traditionsregel gelten läßt, ist oben dargelegt. Ebenso haben schon die obigen Darlegungen ergeben, daß mangels einer Ausnahmebestimmung der betreibende Pfandgläubiger Egentümer des ganzen Erlöses würde. Durch die Ausnahmbestimmung in Satz 2 endlich wird nur ein An-die-Stelle-treten, nicht auch ein Eigentumserwerb der nicht betreibenden Pfandgläubiger gesetzlich festgelegt.

Mit der Feststellung, daß die nachstehenden Pfandrechte sich am Überschuß fortsetzen, ist die Rechtslage noch nicht endgültig geklärt. Da nähmlich dieser Überschuß in aller Regel nicht gesondert vorhanden ist, so müssen die Rechte eine Wandlung er-

---

[1]) Bd. II, 1, S. 929 Bem. 4 b.

[2]) S. 62.

[3]) z. B. § 1245/48 BGB.

fahren. Daß sie infolge der sofortigen Entstehung von Miteigentum erlöschen, ist nicht anzunehmen. Denn einmal würde damit die Regelung des § 1247 Satz 2 ihre wesentliche Bedeutung verlieren, anderseits hat das BGB ein Erlöschen der dinglichen Rechte, für den Fall, daß durch Vermischung Miteigentum entsteht, ausdrücklich abgelehnt (§ 949 Satz 2).

Es erscheint folgerichtig, daß sich die Rechte wie bei nachträglicher Vermischung an dem Miteigentumsanteil, der an die Stelle der Sache tritt (§ 949 Satz 2), fortsetzen, das ist im vorliegenden Fall der Anteil des Sacheigentümers [1]). Nach anderer Auffassung ruhen sie auf dem gesamten Erlös [2]). Eine gesetzliche Grundlage für diese Annahme fehlt. Die Belastungen bestehen grundsätzlich nur zu Ungunsten des Sacheigentümers an dem Überschuß, d. h. an seinem Erlösteil. Ist dieser Erlösteil nicht gesondert vorhanden, so können sie nur an seinem Miteigentumsanteil bestehen, da sie andernfalls auch den betreibenden Pfandgläubiger belasten würden. Westhoff hält allerdings gerade die Lastenfreiheit der Miteigentumsquote des Pfandgläubigers für unbegründet und zwar „mit Bezug auf dem Pfandgläubiger vorgehende Rechte". Dabei wird offenbar übersehen, daß der Rang der Rechte bereits bei der Bemessung der beiden Erlösteile (Deckungserlös und Übererlös) genügend berücksichtigt ist. Der betreibende Pfandgläubiger erwirbt Eigentum nur insoweit, als der Erlös ihm gebührt, also insoweit, als im Range vorgehende Berechtigte kein besseres Recht auf den Erlös haben. Soweit gebührt dem betreibenden Pfandgläubiger aber auch lastenfreies Eigentum und bei Miteigentum ein lastenfreier Anteil! Endlich erscheint die Gegenansicht auch undurchführbar, denn es ist nicht zu ersehen, wie der betreibende Pfandgläubiger durch einfache Teilung des Miteigentums zu seinem Teil lastenfreies Eigentum erlangen sollte, wenn das Miteigentum als Ganzes belastet war.

Verkauft ein nachstehender Pfandgläubiger, so gebührt ihm, wie erwähnt wurde, der Erlös, soweit er nicht zur Deckung ihm vorgehender Pfandrechte erforderlich ist, in Höhe seiner dinglichen Forderung [3]). Mit verschiedenen Begründungen wird vielfach

---

1) So Biermann § 1247 Bem. 3. Planck, Bem. 2 b; Staudinger. Bem. 3; Buhl, S. 116 a.; Lehmann, Sachenrecht S. 219. Geiger S. 61,

2) Windscheid-Kipp I S. 1208, 8 a. Enneccerus-Lehmann II S. 356, 4. Westhoff S. 47.

3) So Biermann, Erl. 2 zu § 1247; Kretzschmar, Bem. 2 a; Planck, Bem. 2 a u. § 1232, 3 b; RGR-Komm. Bem. 1 a; Stobbe-Lehmann S. 349; Wolff § 172 III 3 u. Zwangsvollstr. S. 24; Goldmann-Lilienthal § 90 Anm. 15; Crome S. 860; Westhoff S. 29; Kühlewein S. 24.

die Ansicht vertreten, daß der verkaufende nachstehende Pfandgläubiger an keinen Erlösteil Eigentum erwerbe[1]). Die am einfachsten zu widerlegende Begründung ist die, daß das Pfandrecht unteilbar sei[2]) (stets die ganze Sache erfasse und folglich auch den ganzen Erlös) und daß deshalb dem nachstehenden Gläubiger „nichts gebühre". Diese Annahme ist nämlich unvereinbar mit § 1247 Satz 2. Verkauft der erste Pfandgläubiger, so setzt sich das Pfandrecht des zweiten Pfandgläubigers nur am Überschuß fort. Weshalb das anders sein müßte, wenn der zweite Pfandgläubiger veräußert, ist unerfindlich; denn auch hier besteht ein Überschuß, das ist der Betrag, der nach dem oben Gesagten dem zweiten Pfandgläubiger nicht gebührt. An der Unteilbarkeit des Pfandrechts wird im übrigen auch hier festgehalten. Denn die Pfandrechte setzen sich am ganzen Surrogat der Sache fort, ebenso wie sie die Sache als ganze belasteten. Unrichtig ist also nur die aus der Unteilbarkeit gezogene Folgerung, daß das Pfandrecht den ganzen Erlös erfassen müsse. Das Pfandrecht überträgt sich nicht auf den Erlös, sondern auf den an die Stelle tretenden Erlös, das Surrogat der Sache. Auch die folgende von Kipp versuchte Widerlegung der hier vertretenen Ansicht geht fehl. Er geht davon aus, daß die Berichtigung mit unbelastetem Geld erfolgen müsse. Deshalb sei nicht anzunehmen, daß der Gläubiger belastetes Eigentum erwirbt, sondern daß er kein Eigentum erwirbt. Tatsächlich ist aber der dem verkaufenden Gläubiger gebührende Teil nicht belastet. Denn der verkaufende Gläubiger erwirbt an ihm nach dem gewöhnlichen Traditionsregeln lastenfreies Eigentum. Eine Belastung kann sich nur aus einer besonderen Vorschrift ergeben, wie sie der Satz 2 des § 1247 enthält, der aber nur für den Überschuß Surrogation und damit eine eventuelle Belastung mit Rechten, die bisher an der Sache bestanden, begründet. „Aus dem Surrogationsprinzip ergibt sich", also nicht „die Folge, daß sich die Pfandrechte am ganzen Erlös fortsetzen", sondern umgekehrt ist die Frage, inwieweit die Rechte am Erlös bestehen bleiben, davon abhängig, inwieweit Surrogation eintritt, und das hängt eben von dem „Gebühren" ab.

Die von der hier vertretenen Auffassung abweichende Ansicht Nebingers[3]) stützt sich auf den Grundsatz, „daß soweit Rechte

---

[1]) Kipp S. 1082; Buhl § 20 S. 116; Gierke, Privatrecht Bd. II, S. 989; Emmerich S. 356 ff.; Günther S. 4448. Geiger S. 54; Cosack S. 293; schwankend Nebinger S. 29 ff. S. 36.

[2]) Buhl S. 117; Emmerich S. 356.

[3]) S. 32—36.

vorgehen, nachstehende Rechte w a r t e n müssen, ob für sie noch etwas abfällt". Dieser Satz kann aber in der Bedeutung, die ihm Nebinger beilegt, nicht als richtig anerkannt werden. Die nachfolgenden Berechtigten müssen nicht „warten", bis die vorgehenden tatsächlich befriedigt sind, sondern sie können nur nicht aus den Erlösteilen befriedigt werden, die auf Grund ihres Vorrangs den Vorhergehenden gebühren [1]). Unzutreffend ist ferner, daß nach der hier vertretenen Auffassung der betreibende Pfandgläubiger unverdient bevorzugt werde. Denn entgegen der Darstellung Nebingers [2]) wurde von den Vertretern dieser Ansicht [3]) stets angenommen, daß die dem vorgehenden Pfandgläubiger gebührenden Erlösteile dem betreibenden Pfandgläubiger n i c h t gebühren, daß er also insoweit kein Eigentum am Erlöse erwirbt. Die Vorgehenden werden also nicht geschädigt, der betreibende Pfandgläubiger folglich nicht „unverdient bevorzugt". Für den Fall, daß der betreibende Pfandgläubiger die Vorrechte genau kennt, hält auch Nebinger [4]) die hier vertretene Ansicht für richtig. Von dem Nichtwissen des Pfandgläubigers kann jedoch nicht die rechtliche Beurteilung dieses Falles abhängen [5]). Objektiv muß allerdings der dem betreibenden Pfandgläubiger gebührende Teil feststehen; denn er kann nicht an einer unbestimmten und zur Zeit noch unbestimmbaren Menge Eigentum erwerben [6]). Wie bereits erwähnt, sind für die Bemessung des Deckungserlöses zwei Faktoren ausschlaggebend, erstens der Betrag der dinglichen Forderung, zweitens der Betrag, der zur Deckung vorgehender Rechte erforderlich ist. Besondere Schwierigkeiten bereitet nur die Bemessung des zweiten Faktors, aber auch diese sind zu überwinden, wie ein Hinweis auf § 805 ZPO und § 1249 BGB zeigt. Bei der Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse (§ 805 ZPO) muß nämlich ebenfalls festgestellt werden, was dem vorgehenden Pfandgläubiger vor dem nachstehenden Pfandgläubiger zusteht; ebenso muß die Höhe des dem Pfandgläubiger zustehenden Betrages im Falle der Ablösung festgestellt werden. Denn wenn auch nur ein Teil der Forderung fällig ist, kann der durch die Veräußerung Gefährdete den Pfandgläubiger v o l l

---

1) Vgl. Verteilungsverfahren d. ZPO u. d. ZVG.
2) S. 35.
3) insbes. Biermann zu § 1247, gegen den sich Nebinger wendet.
4) S. 36.
5) So mit Recht Crome a. a. O.
6) Vgl. Geiger S. 55/56.

befriedigen, d. h. auch wegen des noch nicht fälligen Teils der Forderung und wegen aller Forderungsakzessorien (§ 1210 BGB).

Im Folgenden sollen die Grundzüge für die Bemessung des dem betreibenden Pfandgläubiger vorgehenden Betrages kurz dargelegt werden. Da das Pfand für die Forderung in ihrem jeweiligen Bestande haftet, darf dem nachstehenden Pfandgläubiger ein Zugriffsrecht auch auf den Erlösteil nicht gegeben werden, auf den der vorgehende Pfandgläubiger wegen einer noch nicht fälligen, bedingten oder betagten Forderung ein Recht hat [1]). Darüber hinaus aber ist dem nachstehenden Pfandgläubiger nichts vorzuenthalten. Zinsen können nur bis zur Zeit der Veräußerung berechnet werden; denn der vorgehende Pfandgläubiger kann sich nunmehr durch Aneignug des Geldes befriedigen. Ebensowenig können noch Vertragsstrafen verwirkt werden. Verwendungen auf das Pfand kommen ebenfalls nur bis zur Veräußernng in Frage, da auf Geld keine Verwendungen zu machen sind. Endlich fallen auch die Kosten der Rechtsverfolgung für die Zukunft und die Kosten des Pfandverkaufs fort, da der Gläubiger sich durch bloße Aneignung nunmehr befriedigen kann.

Reicht der sich hiernach ergebende Übererlös zur Befriedigung des betreibenden Pfandgläubigers nicht aus, so setzt sich auch sein Pfandrecht wegen des ungetilgten Teils der Forderung an dem an die Stelle der Sache tretenden Übererlös fort. Damit kommt es ihm zugute, wenn sich später herausstellt, daß für die vorgehenden Berechtigten zuviel zurückgehalten ist, z. B. wenn eine berücksichtigte, noch nicht fällige Forderung nicht wirksam ist.

Für den Eigentumserwerb des nachstehenden Pfandgläubigers spricht auch, daß ihm der Gesetzgeber überhaupt ein Verkaufsrecht gegeben hat (§ 1232 BGB). Der Verkauf bezweckt die Befriedigung des Gläubigers, die Erlangung eines neuen Pfandrechts ist aber noch keine Befriedigung. Dieses Argument vermögen auch die gegenteiligen Ausführungen Emmerichs nicht zu widerlegen, nach denen das Verkaufsrecht dadurch genügend gerechtfertigt ist, daß der Nachstehende eine günstige Gelegenheit des Verkaufs ausnutzen könne, und nach dem Verkauf mit Rücksicht auf die Kenntnis von der Höhe des Erlöses sich zu entscheiden in der Lage sei, ob er die vorgehenden Rechte ablösen wolle oder nicht. Die letzte, scheinbare Rechtfertigung zeigt deutlich, daß nach der Gegenansicht die tatsächlich bestehende Schwierigkeit der Bemessung des vorgehenden Betrages nur einstweilen zurückgeschoben wird;

---

[1]) So Emmerich, § 22, teilweise abweichend Stein, § 805 ZPO, Bem. II, 2. Seuffert, Bem. 1 b.

denn bei der sofortigen Ablösung besteht sie im gleichen Maße wie beim Verkauf.

Eine besondere Betrachtung erfordert noch der Fall, daß außer den Pfandrechten ein Nießbrauch an der Sache bestand. Ging der Nießbrauch allen Pfandrechten im Range vor, so bleibt er trotz der Veräußrung bestehen, wenn dem Ersteher bekannt oder infolge grober Fahrläßigkeit unbekannt war, daß der Nießbrauch auf der Sache lastete. Dadurch, daß der Nießbrauch an der Sache fortbesteht, wird aber ausgeschlossen, daß er daneben auch den Erlös belastet. Dies ist eine notwendige Folge des Surrogationsprinzips. Soll eine Sache an die Stelle einer anderen treten, so muß die andere aus ihrer ursprünglichen Rechtslage ausgeschieden sein. Wenn nun die zu ersetzende Sache nur teilweise aus dem ursprünglichen Kreis dinglicher Rechte herausgetreten ist, kann die neue Sache nur insoweit nachrücken, wie für sie Raum geschaffen ist, d. h. juristich insoweit, wie die Rechte an der zu ersetzenden Sache erloschen sind. Besteht demnach der Nießbrauch nur an der Pfandsache, so ist er ohne jeden Einfluß darauf, inwieweit dem betreibenden Pfandgläubiger der Erlös gebührt. Denn das Recht des Pfandgläubigers auf den Erlös kann nur dadurch gemindert oder ausgeschlossen werden, daß jemand ein besseres Recht auf den Erlös hat.

Ist dagegen der rangerste Nießbrauch infolge guten Glaubens an der Sache erloschen, so richtet sich das Recht des Nießbrauchers nunmehr gegen den Erlös. Dem Nießbraucher gebührt ein dingliches Nutzungsrecht an dem ganzen Erlös als fingiertem Surrogat[1]) der ursprünglich mit dem Nießbrauch belasteten Sache. Gebührt nun dem Nießbraucher wegen seines Vorranges alles, so gebührt dem betreibenden Pfandgläubiger nichts. Der ganze Erlös tritt an die Stelle, und an ihm setzt sich der Nießbrauch fort.

Beim Pfandrecht ist das deshalb anders, weil dem vorgehenden Pfandgläubiger nur der Betrag zusteht[2]), der zu seiner

---

[1]) Um die Frage zu entscheiden, inwieweit dem betreibenden Pfandgläubiger der Erlös gebührt, scheint es ratsam, zunächst fingiert den ganzen Erlös an die Stelle der Sache treten zu lassen. Damit scheiden für diese Frage sofort alle Rechte aus, die sich nicht am Erlöse fortsetzen, und es läßt sich danach, inwieweit vorgehenden dinglich Berechtigten ein Recht auf den als Einheit gedachten Erlös zusteht, leicht entscheiden, inwieweit er dem nachstehenden Betreibenden gebührt. Mit Rücksicht auf diese Fiktion ist im folgenden genau zwischen endgültiger und fingierter Surrogation zu unterscheiden.

[2]) Das Wort „gebühren" ist hier vermieden, weil das Recht des vorgehenden Pfandgläubigers auf den Erlös, das das „gebühren" des nachstehenden ausschließt, auch ein Recht aus noch nicht fälliger Forderung sein kann.

Befriedigung erforderlich ist. Was ihm danach nicht zusteht, gebührt dem nachstehenden betreibenden Pfandgläubiger. Dieser erwirbt also insoweit nach § 1247 Satz 1 Eigentum. Mit der Feststellung, daß der Nießbrauch sich auf den ganzen Erlös überträgt, ist die Frage nach der dinglichen Rechtslage, in die der Erlös in diesem Fall tritt, noch nicht endgültig beantwortet. Da es sich um Geld, also eine verbrauchbare Sache handelt (§ 92 Abs. 1 BGB), wird der Nießbraucher Eigentümer des Erlöses. (§ 1067). An der Anwendbarkeit des § 1067 auf den vorliegenden Fall ist nicht zu zweifeln. Denn sein Geltungsbereich ist nach dem klaren Wortlaut „Sind verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauchs, so wird der Nießbraucher Eigentümer der Sachen" nicht auf den Fall beschränkt, daß ein Nießbrauch von vornherein an einer verbrauchbaren Sache bestellt wird[1]). Neben dem Wortlaut spricht auch der Zweck des § 1067 für die hier vertretene Auffassung. Der Nießbraucher ist berechtigt, die Nutzungen der belasteten Sache zu ziehen (§ 1030). Das kann er aber „salva rei substantia" nur, wenn es sich um nicht verbrauchbare Sachen handelt. Würde nun für den Fall, daß die ursprünglich nutzbare Sache sich in eine verbrauchbare umwandelt, eine Sonderbestimmung fehlen, so würde das Recht des Nießbrauchers mit der Umwandlung völlig wertlos werden. Als Sonderbestimmung, die in dieser mißlichen Lage Abhilfe schafft, kommt nur § 1067 in Frage. Landsberg[2]) glaubt allerdings § 92 Abs. 2 ZVG im vorliegenden Fall analog anwenden zu können. Offenbar aus der Erwägung, daß nach der Versteigerung einer beweglichen Sache ebenso wie nach der Versteigerung eines Grundstückes eine Auseinandersetzung der Berechtigten erfolgen müsse, soweit deren Rechte durch die Veräußerung erloschen und nunmehr gegen den Erlös gerichtet seien. Bei dieser Auseinandersetzung könnten aber nur Rechte auf Zahlung eines Kapitals berücksichtigt werden. Für andere Rechte müsse an die Stelle des Rechts der Anspruch auf Ersatz des Wertes treten (§ 92 Abs. 1 ZVG). In der Tat scheint dies unter weiterer analoger Anwendung des § 92 Abs. 2 und § 121 ZVG die glücklichste Lösung zu sein. Sie scheitert aber daran, daß das BGB selbst eine Bestimmung für diesen Fall getroffen hat, und daß wegen der sonstigen allgemeinen Verschiedenheit des Mobiliar- und Immobiliarsachenrechts die analoge Anwendung einer speziell für das Grundstücksrecht ge-

---

[1]) Kober, § 1067 Bem. 2b.

[2]) a. a. O., § 212 S. 810 ohne nähere Begründung.

troffenen Regelung unberechtigt ist. Jedes Verwertungsverfahren hat hier seinen eigenen besonderen Ausweg gesucht. Das ZVG in § 92, die ZPO in §§ 771 und 846, indem sie den Nießbraucher gegen die Pfändung die Widerspruchsklage gibt und den Pfändenden auf die Forderung des Bestellers gegen den Nießbraucher auf Rückgabe verweist. Das BGB endlich in § 1067.

Die Hineinziehung des § 1067 in das „Recht am Erlös" bereitet zahlreiche Schwierigkeiten. Im Folgenden ist zunächst noch der Fall zu Grunde gelegt, daß es sich um einen rangersten, infolge gutgläubigen Erwerbs an der Sache erloschenen Nießbrauch handelt. Der Erlös ist durch die Veräußerung an die Stelle des Pfandes getreten und befindet sich in den Händen des betreibenden Pfandgläubigers. Nach den Surrogationsgrundsätzen klammern sich die dinglichen Rechte, die an der Sache bestanden, sofort mit dem „an die Stelle treten" an den Erlös. Dieser ist also an erster Stelle mit einem Nießbrauch, an zweiter mit einem Pfandrecht belastet. Da in diesem Augenblick bereits der Vordersatz des § 1067 zutrifft: „Sind verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauchs", so erlangt der Nießbraucher sofort (d. h. im Augenblick der Veräußerung) Eigentum am Erlöse[1]). Der Eigentumserwerb des Sacheigentümers (§ 1247 Satz 2) wird also praktisch nicht wirksam. Gegenüber der hier vertretenen Auffassung nimmt Westhoff[2]) an, der Nießbraucher erlange erst mit der Besitzerlangung Eigentum am Erlös. Vorher sei der Nießbrauch ein eigentlicher und verleihe als solcher dem Nießbraucher das Recht, Herausgabe des Erlöses von dem Pfandgläubiger zu erlangen. Dies ist eine unnötig umständliche Konstruktion, die zudem dem § 1067 widerspricht. Die Bedenken, die Westhoff S. 41 gegen die hier vertretene Auffassung äußert, schlagen nicht durch. Insbesondere ergeben sich hinsichtlich der Rückerstattungspflicht des Nießbrauchers nach Beendigung des Nießbrauchs — dies ist das Hauptargument von Westhoff — keine Schwierigkeiten. Der Wechsel des Objekts ist für die Person des Bestellers ohne Einfluß. Der Nießbrauch wird nicht neu bestellt am Erlös, sondern setzt sich daran fort. Rückerstattungsberechtigt ist also derjenige, der ihn an der Sache bestellt hat (Vgl. Kober § 1067, 2b).

Mit Rücksicht auf den allgemeinen Wortlaut des § 1067 ist anzunehmen, daß der Eigentumserwerb auch dann eintritt,

---

[1]) Vgl. Kipp, S. 1208, Bem. 8 a.; Wolff, Lehrb. § 119 II und Anm. 13.

[2]) S. 40.

wenn der Gegenstand des Niesbrauchs mit dinglichen Rechten — vorgehenden oder nachstehenden — belastet ist. Die gegenteilige Annahme Emmerichs[1]), daß bei einem nicht rangersten Nießbrauch das „Recht des Nießbrauchers bis zur Befriedigung der vorgehenden Pfandgläubiger wirkungslos sei", das soll heißen, daß erst nach deren Befriedigung der Eigentumserwerb des Nießbrauchers wirksam werde, ist unbegründet. Ein Anhalt im Gesetz läßt sich dafür nicht finden, obwohl gerade dieser Fall nicht so fern liegt. Denn es steht nichts im Wege, daß an einer von vornherein verbrauchbaren Sache, die mit dinglichen Rechten belastet ist, ein Nießbrauch bestellt wird, während der umgekehrte Fall, daß nachstehende dingliche Rechte vorhanden sind, nur denkbar ist, wenn an die Stelle einer ursprünglich nicht verbrauchbaren Sache eine verbrauchbare getreten ist. Da nämlich mit der Bestellung des Nießbrauchs an einer verbrauchbaren Sache der Berechtigte Eigentümer wird, kann der nicht vorhandene Nießbrauch nicht mit anderen nachstehenden, also später bestellten Rechten, in Konkurrenz treten. Diese Gegenüberstellung, die für die späteren Erörterungen von besonderer Bedeutung sein wird, zeigt, daß der Fall, für den Emmerich[2]) eine Ausnahme von der Regelung des § 1067 annimmt, gerade der Regelfall der Konkurrenz von dinglichen Rechten im Geltungsbereich des § 1067 ist.

Auch aus dem Sinn des § 1067 läßt sich die Ausnahme nicht begründen. Um dies zu beweisen, bedarf es eines kurzen Eingehens auf die praktischen Unterschiede der beiden Auffassungen. — Die vorgehenden dinglichen Rechte werden durch den Eigentumserwerb seitens des uneigentlichen Nießbrauchers nicht berührt (vgl. § 1067), sie bestehen an der Sache fort. Da für den Pfandgläubiger die Person des Pfandeigentümers gleichgültig ist, ergeben sich insoweit keine Unterschiede. Der Eigentümer der belasteten Sache dagegen verliert im Gegensatz zu Emmerich nach der hier vertretenen Auffassung sofort sein Eigentum; der Berechtigte erlangt statt des Nießbrauchs sofort Eigentum. Das ist nun offenbar das Ergebnis, das der § 1067 herbeiführen will, ob es ein glückliches ist (namentlich im Falle des Konkurses des uneigentlichen Nießbrauchers), ist eine andere Frage. Man könnte vielleicht einwenden, daß in vorliegendem Fall der Nießbraucher doch kein praktisch verwertbares Recht erhielte, was durch § 1067 gerade erreicht werden soll und daß mit der Unmöglichkeit, den Zweck zu erreichen, der Grund für

---

[1]) S. 379 ebenso Nebinger S. 38.

die Umgestaltung entfiele. Immerhin wird doch der Zweck **soweit als möglich** erreicht. Daß der uneigentliche Nießbraucher als Eigentümer durch dingliche Rechte beschränkt ist, ist eine einfache Folge des Umstandes, daß ihm diese Rechte als Nießbraucher **vorgehen** würden. Trotz dieser Beschränkung bleiben dem Eigentümer aber gewisse Verwertungsmöglichkeiten, die er als Nießbraucher nicht hätte, und die sich eben aus der verbesserten Rechtsstellung ergeben. Insbesondere kann der uneigentliche Nießbraucher als Eigentümer, ohne den Pfandgläubiger abzulösen, mit diesem vereinbaren, daß das Geld zinsbar angelegt werde und dem Pfandgläubiger für das Recht am Geld ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückzahlung bestellen.

Daß endlich beim Vorhandensein nachstehender dinglicher Rechte der Eigentumserwerb des Nießbrauchers sofort wirksam wird, ergibt sich daraus, daß die Rechtsstellung des Nießbrauchers durch nachstehende Rechte nicht beeinträchtigt werden darf. — Bei der Prüfung der Frage, ob durch den Eigentumserwerb die auf der Sache lastenden dinglichen Rechte erlöschen, werden mit Rücksicht auf die oben dargelegte Verschiedenheit, die Fälle, daß nachstehende dingliche Rechte vorhanden sind und die, daß es sich um vorgehende Rechte handelt, gesondert betrachtet. Daß vorgehende dingliche Rechte durch den Eigentumserwerb nicht erlöschen, dürfte unzweifelhaft sein. Denn bei einem Eigentumserwerb kraft Gesetzes erlöschen die an der Sache bestehenden dinglichen Rechte grundsätzlich nur, wenn es im Gesetz ausdrücklich angeordnet ist[1]). Eine solche Bestimmung fehlt; sie würde auch unberechtigt sein, weil die bestehenden Rechte durch einen **nachstehenden** Nießbrauch billigerweise nicht beeinträchtigt werden können[2]).

Mangels einer dahingehenden Bestimmung müßten auch die dem Nießbrauch nachstehenden Rechte bestehen bleiben. Dies wird jedoch mit Recht allgemein nicht angenommen, da es zu schweren Unbilligkeiten führen würde. Zwar würde das in dem Pfandrecht am Geld enthaltene Aneignungsrecht des Pfandgläubigers schon dadurch ausgeschlossen, daß zugunsten des uneigentlichen Nießbrauchers der Nießbrauch als fortbestehend gilt (§ 1063 Abs. 2). — Da der Nießbrauch dem Pfandrecht im Range vorgeht, gebührt dem Pfandgläubiger nichts und kann sich dieser nichts aneignen. Wohl aber wird der Nießbraucher in

---

[1]) Vgl. § 949 BGB.

[2]) a. A. scheinbar Cosack § 218 III. 1.

seiner freien Verfügung über die Sachen erheblich beschränkt. Das Verfügungsrecht beruht allein auf dem Eigentum, nicht auf dem allerdings dem Pfandrecht vorgehenden Nießbrauch. Der uneigentliche Nießbraucher könnte also, wenn die nachstehenden dinglichen Rechte bestehen bleiben, nur belastetes Eigentum übertragen. Damit wäre sein Recht, über die (verbrauchbaren) Sachen zu verfügen, praktisch zur Bedeutungslosigkeit verdammt. — Daß das Erlöschen der nachstehenden Rechte nicht ausdrücklich angeordnet ist, ist deshalb nicht schwerwiegend, weil es sich einmal um einen seltenen Ausnahmefall handelt, und andrerseits schon die Durchführung des in § 1067 enthaltenen Prinzips zur Annahme des Erlöschens nachstehender Rechte führt. Der Nießbraucher soll zum Eigentümer werden, weil ein Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen wertlos ist. Daß er Eigentümer wird, genügt aber, wie dargelegt, nicht, er muß auch lastenfreier Eigentümer werden, wenn er durch nachstehende Rechte nicht ungerechtfertigt beschränkt werden soll. Ebenso wie der frühere Eigentümer sein Eigentum zugunsten des Nießbrauchers einbüßt, müssen die nachstehenden Berechtigten ihr dingliches Recht verlieren.

Dies gilt allgemein, wenn eine nicht vorausgesehene Umwandlung der dem gewöhnlichen (wahren) Nießbrauch unterliegenden, nicht verbrauchbaren Sache in eine verbrauchbare stattfindet. Daß das nachstehende dingliche Recht sich an dem Anspruch des Bestellers gegen den uneigentlichen Nießbraucher fortsetzt, ist durch nichts begründet. Eine Besonderheit für den Fall des Pfandverkaufs besteht nicht; nach Satz 2 des § 1247 tritt nur der Übererlös, nicht der oben genannte Anspruch an die Stelle. Letzteres würde eine nochmalige Surrogation voraussetzen, die dann aber allgemein nicht nur für den Pfandverkauf gelten müßte, da das Erlöschen der dinglichen Rechte auf einem selbständigen Rechtsgrund beruht.

Auf einem anderen Wege sucht Eck[1]) das Recht des nachstehenden Pfandgläubigers zu retten. Nach ihm gilt der nachstehende Pfandgläubiger als Nießbrauchbesteller und ist dieser somit Träger des Werterstattungsanspruchs. Es wurde bereits dargelegt, daß der Besteller (§ 1067 Satz 2) nur derjenige sein kann, der den Nießbrauch an der verbrauchbaren Sache bestellt hat. Davon abgesehen führt die von Eck vertretene Ansicht zu unhaltbaren Konzequenzen. Der wirkliche Besteller verliert ohne Rücksicht auf die Höhe des Pfandrechts seinen Anspruch. Einen Ausgleich für diesen Verlust kann nur das Erlöschen der

---

[1]) Eck-Leonhard § 40 S. 343.

dinglichen Schuld schaffen. Aber auch in dem Fall, daß der Besteller Eigentümer und somit dinglicher Schuldner ist, erlischt das Pfandrecht nicht. Denn es kann nicht angenommen werden, daß der Pfandgläubiger infolge der Erlangung dieser „Anwartschaft", deren Wert zudem „kaum schätzbar"[1]) ist, als befriedigt gilt. Auch fehlt dafür jeder Anhalt im Gesetze.

Um zu zeigen, daß das gewonnene Ergebnis auch dem praktischen Bedürfnis entspricht, sind im Folgenden die Wirkungen des Pfandverkaufs bei konkurrierendem Nießbrauch nebeneinander gestellt.

I. Pfandrecht-Nießbrauch.

Der betreibende Pfandgläubiger wird in Höhe seiner dinglichen Forderung Eigentümer des Erlöses. Der Übererlös fällt in das Eigentum des Nießbrauchers.

II. Nießbrauch-Pfandrecht.

Das Pfandrecht erlischt, der Nießbraucher wird lastenfreier Eigentümer (das Pfandrecht ist also nur von Wert, wenn der Nießbrauch vor der Pfandverwertung erloschen ist).

III. Pfandrecht-Nießbrauch-Pfandrecht.

a) Der rangerste Pfandgläubiger veräußert: wie zu I, das Pfandrecht des nachstehenden Pfandgläubigers erlischt (vgl. II).

b) Der nachstehende Pfandgläubiger veräußert. Der ganze Erlös tritt an die Stelle der Sache, belastet mit dem früher an der Sache bestehenden Rechten, da dem verkaufenden Pfandgläubiger infolge des vorgehenden Nießbrauchs nichts gebührt. Durch den Eigentumserwerb des Nießbrauchers wird das vorgehende Pfandrecht nicht berührt, während das nachstehende erlischt. Der vorgehende Pfandgläubiger kann sich dem im Eigentum des Nießbrauchers stehenden Erlös auf Grund seines Pfandrechts in der ihm gebührenden Höhe aneignen.

## Das Recht am Erlös bei mangelnder Barzahlung.

Die Bestimmung, daß das Pfand nur gegen Barzahlung verkauft werden darf, (§ 1238 Abs. 1 BGB), kann durch Vereinbarung des Pfandgläubigers mit dem Eigentümer abgeändert werden, wozu, wenn andere dingliche Berechtige vorhanden sind, noch deren Zustimmung erforderlich ist (§ 1245 Abs. 1). Ist eine gültige Abänderung des § 1238 Abs. 1 dahin erfolgt, daß der

[1]) So Eck selbst a. a. O. § 40.

Verkauf auf Kredit zulässig sein soll und ist demgemäß auf Kredit verkauft, so fragt sich, ob hier die Forderung des verkaufenden Pfandgläubigers gegen den Ersteher der „Erlös aus dem Pfande" ist. Das Wort „Erlös" läßt letztere Auffassung zu. Denn unter Erlös kann allgemein das verstanden werden, was durch den Verkauf des Pfandes erzielt wurde. Bei dieser Auslegung würden aber zwei Erlöse vorhanden sein, erstens die Kaufpreisforderung und zweitens das endgültig bezahlte Geld. Daß letzteres auch aus dem Pfande „erlöst" ist, erscheint unzweifelhaft, wird aber von den Anhängern der Auffassung, daß die Forderung als Erlös zu gelten habe, nicht beachtet. In § 1247 BGB ist nun von dem Erlös die Rede. Dies ist ein ganz bestimmter, sodaß darunter nicht etwa beide „Erlöse" verstanden werden können. Da dieser Paragraph eine endgültige Auseinandersetzung der am Pfande dinglich Berechtigten herbeiführen will, liegt es nahe, daß unter dem Erlös in diesem Paragraphen der endültige, also der Barerlös, zu verstehen ist. Entscheidend spricht aber für diese Auffassung, daß § 1247 einen allgemein befriedigungsfähigen Erlös voraussetzt. Die Forderung des Pfandgläubigers soll durch den Erlös berichtigt werden (§ 1247 Satz 1). Emmerich[1]) bemerkt hierzu zutreffend, daß bei einem Erlös in Gestalt einer Forderung der Gläubiger nicht dadurch befriedigt würde, daß ihm die Erlösforderung zustände. Er zieht aber daraus, daß die Befriedigung grundsätzlich nur durch bares Geld erfolgen kann, nicht die notwendige Folge, daß der Erlös in § 1247, durch den die Forderung berichtigt werden soll, nur ein Barerlös sein kann. Von den Gegnern wird namentlich die Billigkeit, d. h. die Rücksichtnahme auf den Eigentümer und andere dinglich Berechtigte für ihre Auslegung des Wortes „Erlös" in Anspruch genommen. [2]) Dabei bleibt zu bedenken, daß ein Kreditverkauf rechtmäßig nur durch Vereinbarung und unter Zustimmung der dinglich Berechtigten zustande kommen kann, und daß man hier dem Eigentümer eine Forderung zuschreibt, von der er zumeist nichts ahnen wird. Denn die Annahme, daß der Verkäufer forderungsberechtigt bezüglich des Kaufpreises sei, ist zu natürlich, als daß ein Nicht-Jurist zu einer anderen Auffassung kommen sollte. Wird die Einigung durch das Gericht ersetzt (§ 1246 Abs. 2), so wird letzteres schon eine den Interessen aller Beteiligten Rechnung tragende Regelung treffen, sodaß auch hier ein besonderes Schutzbedürfnis nicht besteht.

---

[1]) S. 362.

[2]) RGR-Komm. § 1247 Bem. 1 b. Kober Bem. 1.

Wie erwähnt kann aus der Parteivereinbarung unter Umständen zu entnehmen sein, daß schon die Forderung als Erlös im Sinne des § 1247 zu gelten habe. Hier gilt durch den Erwerb des dem Pfandgläubiger gebührenden Teils der Kaufpreisforderung die pfandgesicherte Forderung des Gläubigers als berichtigt. — Da das Pfandrecht hier durch die Erlangung der Forderung erlischt, ist eine solche Vereinbarung keinesfalls als stillschweigend getroffen zu unterstellen. Der Teil der Kaufpreisforderung, der über die Pfandforderung hinausgeht, tritt an die Stelle des Pfandes. Forderungsberechtigt ist insoweit also der frühere Eigentümer des Pfandes. An dieser Forderung bestehen die dinglichen Rechte, die am Pfande bestanden, fort. Da es sich bei einer Kaufpreisforderung um eine Geldforderung, also eine Forderung auf eine teilbare Leistung handelt, so ist jeder Gläubiger (Pfandgläubiger und früherer Eigentümer) zu seinem Teile berechtigt[1]). Emmerich nimmt demgegenüber an, daß, wenn der Erlös in der Kaufpreisforderung bestehe, die Kaufpreisforderung in voller Höhe an die Stelle der Sache trete. Da die Forderung nicht zur Befriedigung des Gläubigers dienen könne, könne sie ihm auch nicht gebühren[2]). Der Vordersatz gilt jedoch nur grundsätzlich. Ist der Gläubiger einverstanden, daß die Forderung als Erlös gelten soll, so kann seine Befriedigung auch dadurch erfolgen, daß er diese Forderung endgültig an Zahlungsstatt in der ihm gebührenden Höhe erhält. (Vgl. § 1282 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Verkauft der Pfandgläubiger ohne eine gültige Vereinbarung (§§ 1246/47 BGB) entgegen der Bestimmung des § 1238 nicht gegen Barzahlung, so gilt der Erlös als von ihm empfangen. Die Bedeutung dieses Rechtsgleichnisses ist sehr umstritten. Nach den Motiven[3]) hat man in diesem Fall unter „Erlös" die Forderung des früheren Sacheigentümers gegen den Pfandgläubiger zu verstehen, und zwar soll dem Eigentümer eine Forderung in voller Höhe des vereinbarten Preises zustehen. Die Befriedigung des Pfandgläubigers soll im Wege der „sich von selbst verstehenden Aufrechnung" erfolgen. Letzteres ist aber nur möglich, wenn der dingliche und persönliche Schuldner dieselbe Person sind. Denn der Pfandgläubiger kann nicht mit der dinglichen Forderung aufrechnen. Für die persönliche Forderung aber fehlt es in diesem Fall an der Gegenseitigkeit. Dem Pfandgläubiger

---

[1]) Kober § 1247 Bem. 4 d; RGR-Komm. Bem. 1 b; Stobbe-Lehmann Bd. II S. 349; Geiger S. 65.

[2]) Emmerich S. 362.

[3]) Bd. III S. 833. Ihnen folgend Nebinger S. 38, Bloch S. 42; Neumann Bem. 3 b.

gegenüber ist der Eigentümer forderungsberechtigt, während sich die Forderung des Pfandgläubigers gegen den persönlichen Schuldner richtet. Diese Auffassung ist somit unhaltbar. Ihr Fehler steckt darin, daß der Sacheigentümer eine Forderung gegen den Pfandgläubiger in voller Höhe des Kaufpreises erhält. Wenn der Kaufpreis als empfangen gilt, so ist auf diesen fingierten Erlös mangels einer abweichenden Bestimmung die Vorschrift des § 1247 anzuwenden. Danach gilt durch Teil I (das ist der fingierte Erlös, soweit er dem Gläubiger gebührt) die Forderung als berichtigt[1]). Die Bedeutung der Fiktion ist hiermit für diesen Teil erschöpft; denn auch bei einem wirklichen Barerlös knüpfen sich an die Empfangnahme dieses Erlösteils keine weiteren rechtlichen Wirkungen. Unzutreffend ist deshalb auch die verbreitete Auffassung, daß der Pfandgläubiger in Höhe von Teil I eine Forderung gegen sich selbst erhalte[2]).

Von weittragenderer Bedeutung ist das Rechtsgleichnis für den Teil II des fingierten Erlöses. Damit, daß dieser Erlösteil an die Stelle der Sache tritt, beginnt erst die Wirksamkeit des Gleichnisses. Würde es sich um einen Barerlös handeln, so hätte der Sacheigentümer insoweit einen Eigentumsherausgabeanspruch oder im Regelfall einheitlicher Zahlung einen Teilungsanspruch. Diese Ansprüche scheitern im Falle mangelnder Barzahlung daran, daß ein Objekt des Anspruchs nicht vorhanden ist.

Die dadurch herbeigeführte Schwierigkeit läßt sich auf doppelte Weise lösen. Einmal indem man die Fiktion weiter durchführt und eine Vermischung des Erlöses mit dem Barbestand des Pfandgläubigers annimmt, was im praktischen Leben wohl die Regel bildet[3]). Dem entsprechend hätte der Sacheigentümer die Teilungsklage, wobei selbstverständlich ist, daß der Gläubiger nicht das fingierte Geld herausgeben kann. Wenn dieses auch „nur die typische Weiterführung der vom Gesetz fingierten Tatsache" ist[3]), so erscheint diese Lösung doch deshalb unbefriedigend, weil sie eine Ausdehnung der tatsächen Regel auf alle Fälle bedeutet, und besonders, weil sie versagt, wenn ein der Hyperocha entsprechender Barerlös beim Pfandgläubiger nicht vorhanden ist. Hier des weiteren eine Verausgabung des Geldes durch den Pfandgläubiger, also Verfügung eines Nichtberechtigten und Haftung nach § 816 BGB anzunehmen, ist nur berechtigt, wenn

---

1) RGR-Komm. § 1238 Anm. 5; Cosack S. 320; Westhof S. 60.

2) Emmerich S. 363; Planck § 1238 Bem. 2; 1247, Bem. 3; Biermann, Bem. 4 a; Kober, Bem. 4; Kretzschmar, § 1238, Bem. 2 a.

3) So Geiger S. 71.

eine einfachere Lösung nicht möglich ist. Letztere ergibt sich aus dem Wesen eines Rechtsgleichnisses. Bei einem solchen kann vielfach wegen der inneren Verschiedenheit der Tatbestände der gleichgestellte Tatbestand nur dem anderen Tatbestand entsprechende Wirkungen zur Folge haben. So kann auch in vorliegendem Fall, da der Pfandgläubiger kein Geld erhalten hat, der Sacheigentümer keinen Eigentumsherausgabeanspruch auf den die Pfandforderung übersteigenden Geldbetrag haben, sondern nur ein diesem Anspruch entsprechendes Recht. Das ist ein Forderungsrecht auf den entsprechenden Betrag. Diese Ansprüche sind insoweit gleich, als ihre Durchführung dem Sacheigentümer einen Geldbetrag von gleicher Höhe verschafft, insoweit verschieden, als der eine Anspruch ein dinglicher, der andere ein obligatorischer ist. Hinsichtlich dieser Verschiedenheit ist eine weitere Annäherung unmöglich, da jeder dingliche Anspruch eine wirklich vorhandene Sache voraussetzt.

Bei dem Forderungsrecht auf den entsprechenden Betrag handelt es sich um einen gewöhnlichen obligatorischen Anspruch.

Die Gegenansicht, daß es ein Schadenersatzanspruch sei[1]), ist unzutreffend. Wesentlich ist für einen solchen, daß sich seine Höhe nach dem entstandenen Schaden bemißt. Hier aber kommt es auf die Höhe des Schadens nicht an. Darin liegt gerade die besondere Bedeutung der Fiktion. Sie befreit den Sacheigentümer und die übrigen dinglich Berechtigten von dem schwierigen Nachweis der Höhe des Schadens. Ein Schadenersatzanspruch steht den Beteiligten daneben selbständig nach § 1243 Satz 2 zu.

Das „Forderungsrecht auf den entsprechenden Betrag" steht dem Sacheigentümer zu; denn er hat bei Barzahlung den Herausgabeanspruch auf den Uebererlös. Da es für die am Pfand Berechtigtigten beim fingierten Barerlös ebenfalls am Objekt ihres Rechts fehlt, so setzt sich ihr Recht an der Forderung des Sacheigentümers gegen den Gläubiger fort. Dazu bedarf es nicht der Annahme einer nochmaligen Surrogation dieser Forderung; vielmehr ergibt sich dies daraus, daß nur entsprechende Wirkungen eintreten können.

Die gegen den Ersteher gerichtete Forderung auf Zahlung des Kaufpreises steht, was selbstverständlich erscheint, dem Gläubiger im Kausalverhältnis, also dem betreibenden Pfandgläubiger zu. An ihr bestehen keinerlei dingliche Rechte, der früher am Pfand Berechtigten. Denn für sie gilt der Kaufpreis als be-

---

[1]) So Westhoff, S. 64; Nebinger S. 40 ohne weitere Begründung.

reits empfangen; damit ist für sie diese Forderung überhaupt nicht existent. Seine frühere abweichende Ansicht[1]) hat Cosack nicht aufrechterhalten[2]). Ebenso erlangt der betreibende Pfandgläubiger an dem endlich gezahlten Kaufpreis lastenfreies Eigentum, ohne Rücksicht darauf, ob er den Überschuß des fingierten Erlöses bereits an den Sacheigentümer gezahlt hat[3]) Es gilt hier das oben Gesagte entsprechend. Eine nachträglich tatsächlich erfolgende Zahlung des Erstehers ist im Verhältnis der am Pfande dinglich Berechtigten keine Kaufpreisberichtigung. Diese Bedeutung der Zahlung ist in § 1238 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich auf das Verhältnis von Pfandgläubiger und Ersteher beschränkt. Liegt aber für die dinglich Berechtigten in der Zahlung keine Kaufpreisberichtigung, so ist das Gezahlte im Verhältnis zu ihnen auch nicht aus dem Pfande erlöst. — Diese Auffassung entspricht auch dem Zweck des Gesetzes. Ohne Rücksicht auf eine tatsächlich erfolgte Barzahlung soll die rechtliche Stellung der am Pfand Berechtigten schon im Augenblick der Veräußerung endgültig festgelegt werden. Eine bloße Sicherung der dinglich Berechtigten bezweckt die Fiktion nicht, denn diese wird bereits durch den Schadenersatzanspruch aus § 543 Abs. erreicht.

## Zeitpunkt des Eintritts der Wirkungen von § 1247.

Bei dem Pfandverkauf erfolgt die Zahlung regelmäßig Zug um Zug mit der Uebereignung des Pfandes. Mit der Entstehung des Erlöses ist hier § 1247 BGB unmittelbar anwendbar. Die Forderung des Pfandgläubigers gilt als berichtigt, ein etwaiger Ueberschuß tritt an die Stelle des Pfandes, das ja gleichzeitig aus dem früheren Rechtskreis ausscheidet. Erfolgt die Zahlung vor der Uebereignung, so ergeben sich für die Anwendung des § 1247 Schwierigkeiten. Da das Pfand noch in der früheren Rechtslage verbleibt, ist für eine Surrogation des Uebererlöses kein Raum. Der Erlös kann nicht an die Stelle des Pfandes, sondern nur neben dieses in die gleiche Rechtslage treten. Dabei fehlt es aber an jeder Regelung darüber, inwieweit der Sacheigentümer und die am Pfand dinglich Berechtigten diese nebeneinanderstehenden Rechte geltend machen können[4]). Daß die Geltendmachung des einen

---

[1]) Cosack, 4. Aufl. S. 294.

[2]) 6. Aufl. S. 320.

[3]) a. n. Windscheid-Kipp S. 1210, 8.

[4]) Vgl. Leonhard S. 216.

Rechts das andere Recht ausschließt, erscheint selbstverständlich, läßt sich aber aus dem Gesetz nicht begründen. Völlig unklar bleibt endlich die Rechtslage, wenn die mehreren dinglich Berechtigten nicht dasselbe Recht geltend machen wollen. Mit Rücksicht auf diese unlösbaren Schwierigkeiten wird allgemein angenommen, daß die Anwendbarkeit des § 1247 wenigstens im Regelfall rechtmäßigen Pfandverkaufs bei gültigem Pfandrecht eine dinglich wirksame Veräußerung voraussetze. Da jedoch von diesem Grundsatz verschiedentlich Ausnahmen gemacht werden, ist zu prüfen, ob nicht auch andere Gründe für diese Auffassung sprechen. Es kommen hier zunächst die Worte „Erlös aus dem Pfande" in Frage. Der gezahlte Kaufpreis ist als solcher nur ein Erlös aus dem Pfandverkauf. Zu einem Erlös aus dem Pfande wird er erst dadurch, daß der Wert aus dem Pfande herausgezogen ist und der Kaufpreis diesen extrahierten Wert darstellt. Das erfordert Konsumtion des Pfandes, also wirksame Veräußerung. Entsteht somit überhaupt erst im Zeitpunkt der Veräußerung ein „Erlös", so kann auch die Erlösregelung des § 1247 nicht früher eingreifen. Ferner kann ein Erlöschen der Forderung § 1247 Satz 1 erst dann erfolgen, wenn die Verwertung durchgeführt ist. Würde schon mit der Empfangnahme des Kaufpreises die Forderung und damit das Pfandrecht untergehen, so könnte der Gläubiger das Eigentum nicht mehr auf den Erwerber übertragen. Endlich ist, wie bereits erwähnt wurde, in § 1247 nur ein „an die Stelle treten", nicht auch ein eventuelles „Nebeneinandertreten" angeordnet.

Gegen diese Auffassung läßt sich auch nicht anführen, daß sie „für die Mehrzahl der Fälle die sachenrechtliche Behandlung der Hyperocha" vereitelt[1]). Daß der Gläubiger zunächst (vor der Veräußerung) auf Grund der gewöhnlichen Traditionsregel Allein-Eigentum an den gezahlten Geldstücken erlangt, schließt nicht aus, daß die Hyperocha auf Grund der gesetzlichen Bestimmung in § 1247 Satz 2 im Augenblick der Veräußerung in das Eigentum des früheren Pfandeigentümers fällt. Verausgabt der Pfandgläubiger vor der Veräußerung den empfangenen Kaufpreis, so kann allerdings eine Surrogation der Hyperocha nicht mehr stattfinden, da der Eigentumserwerb eines D r i t t e n die Surrogation ausschließt. Nach der gegnerischen Auffassung vernichtet hier, wie sonst im Regelfall, der Schutz des guten Glaubens das bereits bestehende Recht des dinglich Berechtigten am Erlös. Daß der Pfandgläubiger nach der einen Auffassung als Berechtiger, nach

[1]) So Geiger S. 77, a. M. auch Westhoff S. 67, Nebinger S. 40.

der anderen als Nichtberechtiger über das Geld verfügt, ist für die dinglich Berechtigen ohne Bedeutung. In einem Fall stützt sich der Bereicherungsanspruch auf § 812 im anderen auf § 816.

Ist die hier dargelegte Auffassung richtig, so muß die Anwendbarkeit des § 1247 auf den fingierten Erlös ebenfals von der Wirksamkeit der Veräußerung abhängig sein, wenn nicht die §§ 1238 und 1239 eine abweichende Bestimmung enthalten. Eine solche wird vielfach darin gesehen[1]), daß der Kaufpreis nach §§ 1238/39 als empfangen gilt: e r s t e n s wenn der Verkauf ohne die Verwirkungsklausel erfolgt, z w e i t e n s wenn der Vorbehalt der Rechtsverwirkung zwar erklärt ist, von ihm aber bis zum Schluß des Versteigerungstermins kein Gebrauch gemacht wird, d r i t t e n s, wenn der betreibende Pfandgläubiger den Zuschlag erhält. — Nach diesen Bestimmungen sei „das Eingreifen des Surrogationsprinzips nicht an den Verlust des Eigentums geknüpft" sondern an einen bestimmten Zeitpunkt des Verkaufs[2]). Diese Folgerung ist unzutreffend; denn die Frage, in welchem Zeitpunkt der Erlös als empfangen gilt, ist keineswegs gleichbedeutend mit der weiteren, welcher Zeitpunkt für das Eintreten der Surrogation maßgebend ist. Die letzte Frage entscheidet sich a l l e i n nach § 1247. Im einzelnen ergibt sich daraus folgendes: Ist der Verkauf ohne Vorbehalt der Rechtsverwirkung erfolgt, so gilt der Kaufpreis mit Abschluß des Kaufvertrags als empfangen. Eigentümer der fingierten Geldstücke ist auf Grund der gewöhnlichen Traditionsregeln der betreibende Pfandgläubiger. In dem Augenblick der Veräußerung vollzieht sich die Befriedigung des Pfandgläubigers (§ 1247 Satz 1), und tritt der Übererlös an die Stelle des Pfandes. Entsprechendes gilt in den anderen Fällen der Zahlungsfiktion. Eine besondere Betrachtung erfordert noch der folgende Fall. Wird von dem Vorbehalt der Rechtsverwirkung vor Schluß des Versteigerungstermins Gebrauch gemacht, so soll der Kaufpreis n i c h t als empfangen gelten. Dies kann aber vom Gesetz nur für den Fall gemeint sein, daß eine Veräußerung noch nicht stattgefunden hat[3]). Denn die Ausübung der Verwirkungsklausel macht die Eigentumsübertragung nicht nichtig. Es entsteht vielmehr nur ein obligatorischer Anspruch des Verkäufers auf Rückgewähr der empfangenen Leistung (BGB §§ 346, 360). Erhalten hat der Käufer das Eigentum, dieses

---

[1]) Kretschmar § 1238 Bem. 2 a u. b.: Dernburg S. 922/26; Buhl S. 115; Nebinger S. 39; Westhoff S. 68; Emmerich S. 367.

[2]) Emmerich S. 366.

[3]) So richtig Emmerich S. 368/69.

muß er der Gegenpartei (also dem betreibenden Gläubiger) zurückübertragen. Da dadurch die Rechte der am Pfand Berechtigten nicht wieder zur Entstehung gelangen, wären sie endgültig geschädigt. Allenfalls hätten sie einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung[1]). Dieser entschädigt sie aber nicht für den Verlust ihrer dinglichen Rechte. — Mit Rücksicht darauf, daß § 1238 die am Pfand Berechtigten gegenüber dem betreibenden Pfandgläubiger schützen will, wird man daher den § 1238 Abs. 2 dahin einschränken müssen, daß die Zahlungsfiktion beim bloßen Verkauf unter Vorbehalt der Rechtsverwirkung zwar erst mit Schluß des Versteigerungstermins, bei der Veräußerung aber sofort mit dieser wirksam wird. Auch diese Folgerung zeigt, daß die Surrogation nicht zeitlich von der dinglichen Wirksamkeit der Veräußerung getrennt werden kann[2]).

## B i unrechtmäßigem, aber nach § 1244 wirksamem Pfandverkauf und gültigem Pfandrecht.

Von den Fällen unrechtmäßigen Pfandverkaufs soll zunächst der in der Überschrift gekennzeichnete einer näheren Prüfung unterzogen werden, da er dem oben behandelten Normalfall am nächsten steht. Dem Wortlaut nach ist § 1247 auch hier anwendbar. Der Gläubiger hat ein gültiges Pfandrecht, ist also wirklicher „Pfandgläubiger", die belastete Sache ist ein „Pfand". Da ferner die Veräußerung dinglich wirksam ist, ist für eine Surrogation der Hyperocha (§ 1247 Satz 2) Raum. Daß die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1247 sein soll, ist im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen, ergibt sich auch weder aus dem Zusammenhang noch aus dem Sinn der Regelung des § 1247 in Verbindung mit der Natur der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen. Diese Voraussetzungen sind Sicherungsvorschriften zu Gunsten des Eigentümers und der außer dem Betreibenden am Pfand dinglich Berechtigten. Da § 1247 den Eigentumserwerb des Pfandgläubigers gegenüber den allgemeinen Erwerbsregeln einschränkt, ist nicht einzusehen, weshalb

[1]) Erfordert man mit dem RG für § 812 eine unmittelbare Rechtsverschiebung, so ist auch dieser nicht gegeben.

[2]) Im Ergebnis übereinstimmend: Biermann § 1238, Bem. 1; Planck, Bem. 2, 2 a; Kober, Bem. 2 a; Windscheid-Kipp S. 1209 ff.; Kühlewein S. 31.

halb diese Beschränkung nicht auch dann gelten soll, wenn eine solche Sicherungsvorschrift verletzt ist. Ja, die Schutzbestimmungen würden bei Nichtanwendung des § 1247 gerade zum Schaden der zu schützenden Personen ausschlagen, was unmöglich beabsichtigt sein kann[1]). Da § 1247 dem Wortlaut nach den vorliegenden Fall mitumfaßt, ist dieser Paragraph unmittelbar anzuwenden.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Rechte am Erlöse sich hier ebenso gestalten, wie beim rechtmäßigen Verkauf. Denn § 1247 macht den Eigentumserwerb des betreibenden Gläubigers davon abhängig, daß ihm der Erlös gebührt. Es liegt die Annahme nahe, daß der Erlös in allen Fällen unrechtmäßiger Veräußerung dem Pfandgläubiger trotz seiner gültigen Pfandforderung eben wegen der Unrechtmäßigkeit seines Vorgehens nicht gebührt[2]). Doch zeigt eine nähere Betrachtung, daß hier zwischen den einzelnen Stadien der zwangsweisen Befriedigung zu unterscheiden ist[3]). Der Eingriff in das fremde Vermögen ist allerdings unrechtmäßig und begründet eine Ersatzpflicht des betreibenden Gläubigers. Diese Unrechtmäßigkeit überträgt sich aber nicht ohne weiteres auf den Erlös, da dieser seinen eigenen Rechtsgrund hat. Er wird von dem Ersteher auf Grund der gültigen obligatorischen Kaufvertragsverpflichtung gezahlt. Ebensowenig beeinträchtigt die Verletzung der für den Pfandverkauf gegebenen Vorschriften die dingliche Forderung des Pfandgläubigers. Sein Recht auf Befriedigung bleibt bestehen. Das nehmen im Endergebnis auch die Vertreter der Gegenansicht an. Der Erlös soll zwar zunächst dem Pfandgläubiger nicht gebühren, also tritt gänzliche Surrogation ein. An dem an die Stelle der Sache tretenden Erlös setzt sich das Pfandrecht fort, das ist das Recht, sich aus der Sache zu befriedigen. Weshalb nun der Pfandgläubiger doch plötzlich ein Recht auf den (unrechtmäßigen?) Erlös hat, bleibt unverständlich. Der dargelegte Zwiespalt der Gegenansicht zeigt sich noch deutlicher bei ihrer praktischen Durchführung. Wegen mangelnder öffentlicher Bekanntmachung (§ 1237 Abs. 1) gebührt der Erlös dem Gläubiger nicht. Kraft seines an dem Erlös entstehenden Pfandrechts, (das doch offenbar sofort voll gültig ist); kann sich der Gläubiger sofort den ihm „gebührenden Erlös" aneignen. Es taucht hier praktisch die sonst allgemein abgelehnte Distraktion der Eigentumsübertragung wieder auf.

---

1) RGRKomm. zu § 1247.

2) so insbes. Planck, § 1247 Bem. 1; Kober Bem. 1 b RGR-Komm. § 1244, 2; Stobbe-Lehmann S. 349; Endemann Bd. II § 140.

3) Leonhard S. 212.

Beeinträchtigt somit die Unrechtmäßigkeit der Pfandverwertung als solche das „Gebühren" des Pfandgläubigers nicht, so kann sein Recht auf den Erlös doch wegen des inneren Wesens der einzelnen verletzten Rechtsmäßigkeitsvoraussetzung ausgeschlossen sein. Im Falle des § 1228 Abs. 2 gebührt der Erlös dem Gläubiger nicht, weil die Forderung noch nicht fällig ist. Erst mit der Fälligkeit erlangt der Gläubiger ein unbedingtes Recht auf den Erlös. Der ganze Erlös tritt also an die Stelle der Sache, an ihm setzt sich das Pfandrecht fort. Von der Fälligkeit ab kann sich der Gläubiger den Erlös in Höhe seiner Forderung aneignen. Dasselbe muß auch vor dem Übergang der Forderung in eine Geldforderung gelten, wenn der geschuldete Gegenstand nicht in Geld besteht. Denn der Gläubiger kann nur wegen einer Geldforderung durch den Pfandverkauf befriedigt werden. Das Recht des Gläubigers („gebühren") scheitert hier an der rechtlichen Unmöglichkeit der Befriedigung. In allen übrigen Fällen (§ 1230 Abs. 2; § 1237 Abs. 1; § 1240) ist eine vollgültige fällige Pfandforderung vorhanden, der Gläubiger erwirbt also in Höhe dieser Forderung sofort Eigentum[1]). Dem früheren Sacheigentümer und insbesondere den übrigen dinglich Berechtigen verbleibt eine dingliche Sicherung in Gestalt ihres Rechts am Überschuß. Daneben haben sie obligatorische Ersatzforderungen gegen den unrechtmäßig veräußernden Pfandgläubiger.

## Bei Veräußerung ohne Pfandrecht, die nach § 1244 wirksam ist.

Da in § 1247 die Worte „Pfandgläubiger" und „Pfand" gebraucht sind, ist die Anwendung dieses Paragraphen auf den Fall des Scheinpfandes, wo der Gläubiger eben kein „Pfandgläubiger" und die veräußerte Sache kein „Pfand" ist, zweifelhaft. Die Ansicht, daß hier ausschließlich die gewöhnlichen Traditionsregeln gelten, wird namentlich von Knauer[2]) vertreten und ausführlich begründet. — Knauer bestreitet zunächst mit m. E. nicht durchschlagenden Gründen, daß die Worte „Pfand und

---

[1]) Biermann, § 1247 Bem. 5; Kretzschmar Bem. 1; Bloch S. 55/56; Emmerich S. 375; Nebinger S. 43 u. Westhoff S. 72; OLG Braunschweig, Recht 06 S. 687.

[2]) Ebenso Schmidt, Lehrbuch S. 1039 Anm. 2; Ortmann § 816 Bem. 1; Kahlau v. Hofe, S. 18; Biber S. 30 ff. W. Voigt S. 39 ff. Fröhlich S. 46; Geiger S. 81.

Pfandgläubiger" in § 1247 den Fall des Scheinpfandes mitumfassen. Allerdings ist der Erlös im Fall des § 1244 streng wörtlich kein Erlös „aus dem Pfande", sondern „aus der als Pfand veräußerten Sache". Geht man nun davon aus, daß der Gesetzgeber in § 1247 auch die Rechte am Erlös aus dem Schein-Pfand hätte regeln wollen, so hätte er bei Beobachtung einer genauen Ausdrucksweise nicht den Wortlaut „Erlös aus dem Pfande" wählen dürfen. Ebensowenig aber hätte er sagen dürfen, „Erlös aus der als Pfand veräußerten Sache"; denn dann hätte er sich dieselbe Ungenauigkeit zuschulden kommen lassen, die sich in § 1244 findet. Als Pfand heißt, „als ob der Gegenstand ein rechtmäßiges Pfand sei, obwohl er kein Pfand ist[1])". Bei dem zweiten Halbsatz des § 1244 „oder den Erfordernissen genügt wird", handelt es sich aber um den Fall, daß ein wirkliches „Pfand" veräußert wird. Diese kleine Ungenauigkeit in der Ausdrucksweise findet ihre Rechtfertigung in dem dringenden Bedürfnis, das Gesetz so einfach und kurz zu gestalten wie nur irgend möglich. Um sie zu vermeiden, wäre ein weiterer Zusatz wie „Dasselbe gilt auch" unumgänglich notwendig gewesen. Knauer beachtet diesen grammatischen Fehler in § 1244 nicht, obwohl er nach seiner Definition der Worte „als Pfand" klar auf der Hand liegt. Dasselbe gilt für § 1247. Wollte der Gesetzgeber den Fall des Scheinpfandes mit einbegreifen, so war dazu der Ausdruck „aus dem Pfand" mindestens ebenso geeignet als der viel umständlichere Ausdruck „aus der als Pfand veräußerten Sache", der wiederum den Fall des rechtmäßigen Pfandes nicht umfaßt. Dazu kommt, daß die Veräußerung einer mit gültigem Pfandrecht belasteten Sache die Regel bildet. — Das weitere Bedenken Knauers, daß nach dieser Auslegung § 1247 auf jeden Fall der Veräußerung eines Pfandes anzuwenden sei, also auch dann, wenn die Veräußerung nicht wirksam sei[2]), ist ebenfalls unbegründet. Allerdings gilt die Erlösregelung des § 1247 für jeden Verkauf eines Pfandes (unter Einschluß des Scheinpfandes), aber naturgemäß nur insoweit, als der Geltungsbereich des § 1247 nicht durch diesen Paragraphen selbst beschränkt ist. Das gilt für alle Fälle des unwirksamen Verkaufs. Hier bleibt das Pfand in seiner früheren dinglichen Rechtslage, für eine Surrogation, die nach Satz 2 eintreten soll, ist kein Raum. Des weiteren ist die Anwendung des § 1247 hier dadurch ausgeschlossen, daß ein „Erlös aus dem Pfande", wie dargelegt wurde, nur bei wirksamer Veräußerung vorhanden ist.

---

[1]) Knauer S. 21.
[2]) S. 26.

Daß das Wort „Pfandgläubiger" die Anwendung des § 1247 auf den Verkauf eines Scheinpfandes nicht ausschließt, zeigen die §§ 1234, 1236, 1237 Abs. 2, 1241, 1243. In diesen Paragraphen werden dem Pfandgläubiger für den Verkauf des Pfandes Pflichten auferlegt, die auch für den unberechtigten Pfandveräußerer gelten müssen[1]). Die Angriffe Knauers gegen diese Argumentation gehen fehl. Er glaubt, daß das Gesetz für den Scheinpfandgläubiger keine Vorschriften habe geben können, die den Verkauf als solchen betreffen[2]), da er vor allem die Pflicht habe, die Sache nicht zu veräußern. Dabei wird übersehen, daß das Gesetz gerade mit dem unrechtmäßigen Handeln rechnen muß. Wesentlich ist allen Pflichten, die das Gesetz auferlegt, daß der, der sie verletzt, Erlatz leisten muß. Diese Ersatzpflicht konnte das Gesetz unbedenklich auch für den unberechtigten Pfandveräußerer festsetzen, und hat es in den genannten Paragraphen m. E. auch getan trotz des Ausdrucks „Pfandgläubiger"; denn dieser umfaßt den Scheinpfandgläubiger. Daß in § 1244 der Ausdruck „Veräußerer" gebraucht ist[3]), spricht entgegen der Auffassung Knauers nicht gegen die hier vertretene Ansicht. Denn in dem Halbsatz, „ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht" (§ 1244), handelt es sich **nur** um den Fall des Nichtpfandes. Hier war allerdings das Wort „Veräußerer" angebracht, nicht aber da, wo sowohl der Pfandgläubiger als der Scheinpfandgläubiger gemeint sind. Da ein geläufiger Oberbegriff für beide Worte fehlt, ist es bei näherer Betrachtung durchaus verständlich, wenn das Gesetz da, wo **auch** der Scheingläubiger gemeint ist, vom Pfandgläubiger spricht. Wesentlich ist nicht das Veräußern, sondern das Handeln als Pfandgläubiger.

Auch die Worte „soweit im übrigen" können nicht mit Erfolg gegen die hier vertretene Auffassung ins Feld geführt werden[4]). Allerdings scheint dieser Wortlaut vorauszusetzen, daß dem Gläubiger etwas gebührt; nur das Mehr, nicht der ganze Erlös soll an die Stelle treten. Hier handelt es sich aber um eine **offenbare** Ungenauigkeit in der Ausdruckweise. Denn, wie oben dargelegt, gibt es Fälle, die zweifellos der Regelung des § 1247 unterliegen, wo dem Pfandgläubiger aber tatsächlich nichts gebührt, so z. B., wenn ein nachstehender Pfandgläubiger veräußert und der Erlös den Betrag der vorgehenden

---

1) Vgl. Leonhard S. 214.

2) Knauer S. 30.

3) Knauer S. 30.

4) S. 31.

dinglichen Forderung nicht übersteigt. Damit dürfte auch die logische Erwägung Knauers[1]) widerlegt sein.

Die historische Entwicklung bietet insoweit keine Anhaltspunkte für die Auslegung des § 1247. Denn in den bisherigen Rechten findet sich eine diesem Paragraphen entsprechende Regelung nicht. Der Pfandgläubiger wurde auf Grund der allgemeinen Traditionsgrundsätze stets Eigentümer des Erlöses. Von diesem Prinzip hat sich das BGB bewußt abgewendet. Der Pfandgläubiger soll nunmehr nur noch an dem ihm gebührenden Teil des Erlöses Eigentum erwerben. Wie die Motive[2]) ergeben, ist sogar eine gänzliche Surrogierung des Erlöses erwogen. Diese hat man aber deshalb abgelehnt, weil sie dem Pfandgläubiger nur ein Pfandrecht am Erlöse verschaffen würde, während er durch den Verkauf unmittelbar befriedigt werden sollte. Es liegt der Schluß nahe, daß der Veräußerer, der kein Pfandrecht hat, dementsprechend kein Eigentum erwirbt, da eine Befriedigung nicht erfolgen soll.

Allerdings bildet der § 1247 eine Ausnahme von dem allgemeinen Prinzip der Tradition, das er „für besonders geartete Fälle" durchbricht[3]). Es ist auch zuzugeben, daß bei einer Ausnahmevorschrift eine möglichst enge Auslegung am Platze ist. Das darf aber nicht dazu führen, daß man ohne Rücksicht auf den Sinn diesen Rechtsatz nur in den Fällen anwendet, die ganz zweifellos unter seinen Wortlaut fallen. Es ist oben dargelegt, daß die Worte „Pfandgläubiger" und „Pfand" sehr wohl den Fall des Scheinpfandes unfassen können. Daß sie es in § 1247 tatsächlich tun, ergibt sich aus der Ursache für die abweichende Gestaltung des Eigentumserwerbs am Pfanderlös gegenüber den sonstigen Erwerbsregeln und dem Sinn des § 1247. Schulz[4]) versucht den § 1247 damit zu erklären, daß eine Sache als fremde veräußert wird. Das allein schließt aber den Eigentumserwerb des Käufers am Kaufpreis nicht aus, wie Knauer zutreffend darlegt[5]). Ebensowenig trifft aber die Ansicht Knauers zu, daß die gewöhnlichen Traditionsgrundsätze wegen des bestehenden Pfandrechts durchbrochen würden[7]). Das zeigt sich daran, daß ein Pfandgläubiger, der die mit gültigem Pfandrecht belastete Sache

---

1) S. 31 — 33.

2) Motive, amtliche Ausgabe S. 833 ff.

3) Enneccerus Bd. I 1 § 44 I 1; Knauer S. 36.

4) Arch. f. civ. Pr. Bd. 105 S. 402 f.

5) S. 43 — 46.

7) So Knauer S. 44.

nicht als Pfand sondern als ihm gehörig veräußert, Eigentum an dem ganzem Kaufpreis erwirbt, ohne Rücksicht darauf, ob ihm der Erlös gebührt. — Grundlegend für die besondere Gestaltung des Eigentumserwerbs in § 1247 kann somit nur sein, daß eine Sache „als Pfand" veräußert wird. Damit bringt der Veräußernde zum Ausdruck, daß er sich durch den Verkauf wegen einer Forderung befriedigen will. Hier läßt der Gesetzgeber ihn nicht wie sonst bei dem Verkauf unbeschränkt Eigentum am Kaufpreis erwerben, sondern macht den Eigentumserwerb davon abhängig, daß ihm das Geld gebührt. Aber nicht, weil ihm das Geld gebührt, erwirbt der Pfandgläubiger Eigentum (das würde er ohnehin), sondern soweit es ihm nicht gebührt, erwirbt er kein Eigentum. Bei folgerichtiger Durchführung dieses Prinzips dürfte der Veräußerer ohne Pfandrecht auch bei unwirksamen Pfandverkauf kein Eigentum am Erlös erwerben. Daß trotzdem § 1247 hier die allgemeinen Traditionsgrundsätze gelten läßt (vgl. die Wort „tritt an die Stelle" und „Erlös"), ist deshalb berechtigt, weil eine Gefährdung des Eigentümers nnd der übrigen dinglich Berechtigten bei Unwirksamkeit der Veräußerung nicht durch die Veräußerung als solche herbeigeführt wird. Das Eigentum und die dinglichen Rechte an der Sache bleiben bestehen.

Man hat gegenüber dieser Beweisführung vielfach eingewandt, daß ein nichtiges Pfandrecht in dem Recht als nicht vorhanden angesehen werde. Es läge daher nur ein einfacher Sachverkauf vor, und schon deshalb müßten die gewöhnlichen Traditionsregeln hier Anwendung finden[1]). Letzteres ist unzutreffend. Denn der Verkauf einer Sache „als Pfand" hat bestimmte, von dem gewöhnlichen Verkauf abweichende Rechtsfolgen. Insbesondere wird der Käufer auch dann Eigentümer, wenn er hinsichtlich des Eigentums bösgläubig ist, erfordert wird nur der gute Glaube an das Pfandrecht des Veräußerers (§ 1244). Liegt somit kein einfacher Sachverkauf vor, so kann diese nicht nur formelle Besonderheit[2]) auch auf den Eigentumserwerb am Erlös einwirken. —

Die bisherigen Darlegungen ergeben bereits, daß auch der Zweck des Gesetzes für die Anwendung des § 1247 auf den Verkauf eines Scheinpfandes spricht. Daß damit § 1247 zugleich zu einer „Schutzvorschrift" gegen den gutgläubigen Erwerb wird[3]), kann nicht gegen die hier vertretene Ansicht angeführt

---

[1]) insbesondere auch Knauer S. 43.

[2]) Knauer S. 43.

[3]) Knauer S. 42. Geiger S. 84.

werden. Denn dies ergibt sich erst als mittelbare Folge des in § 1247 zum Ausdruck gekommenen Prinzips. Bei jedem Verkauf einer Sache „als Pfand" ist der Eigentümer besser gestellt als bei einfachem Sachverkauf. Der dem Gläubiger nicht gebührende Teil fällt in das Eigentum des Sacheigentümers. Damit erfolgt der spätere Ausgleich nicht durch § 816, sondern grundsätzlich durch die Eigentumsklage[1]). —

Nimmt man gegenüber der hier vertretenen Auffassung an, daß die Worte „Pfandgläubiger" und „Pfand" nach dem Wortgebrauch des BGB ein gültiges Pfandrecht voraussetzen, so kommt nur eine analoge Anwendung des § 1247 auf den Fall des Scheinpfandes in Frage. Da es sich um einen Sonderrechtssatz handelt, ist eine Analogie nur möglich, wenn dieselben Voraussetzungen, die diesen Sonderrechtssatz hervorgerufen haben, auch für den Fall des Scheinpfandes gelten). Wie bereits dargelegt ist, bildet die Veräußerung einer Sache als Pfand die Grundlage für die besondere Regelung des Eigentumserwerbs am Erlös. Diese Voraussetzung trifft auch beim Scheinpfand zu. Das Pfandrecht hingegen hat nicht den Anlaß zu der Regelung des § 1247 gegeben. Nach ihm und der Höhe der dinglichen Forderung bemißt sich nur, inwieweit der Veräußernde Eigentum erwirbt; das Pfandrecht ist also nicht Voraussetzung des § 1247, sondern nur Bemessungsgrundlage[2]).

## Auslegung der Worte: „zu seiner Befriedigung gebührt"

In den bisherigen Darlegungen wurde davon ausgegangen, daß für die Frage, inwieweit der Erlös dem Gläubiger gebührt, die Höhe der dinglichen Forderung maßgebend sei. Ob nicht schon ein vollwertiger obligatorischer Anspruch dem Gläubiger ein „Recht auf den Erlös" gibt, konnte unberücksichtigt bleiben, weil der Gläubiger in den oben erörterten Fällen stets eine dingliche Forderung hatte und diese dem Betrage nach der pfandgesicherten obligatorischen Forderung infolge der akzessorischen Natur des Pfandrechts gleich ist. Erst bei dem vorliegenden Fall des

---

[1]) Für unmittelbare Anwendung des § 1247 auf den Fall des Scheinpfandes insbes. Planck, § 1247 Bem. 1; Kober Bem. 1 b; Wolff (Zwangsvollstr. S. 14 Lehrb. § 166 VII 2 b. Leonhard (Aufrechnung) S. 213/14.

[2]) für analoge Anwendung Biermann § 1247 Anm. 5; Schulz, Arch. ziv. Prax. Bd. 105 S. 402 u. Anm. 1038 Smoira S. 60.

Scheinpfandes gewinnt die obige Frage praktische Bedeutung.

Das Gesetz hat sie nicht klar entschieden. Es ist deshalb die Bedeutung des Wortes „gebühren" im Wege der Auslegung zu erforschen. „Gebühren" ist, wie allgemein anerkannt wird, gleichbedeutend mit „ein Recht auf etwas haben." Ein solches Recht auf eine Sache ist nicht nicht notwendig ein dingliches. So gibt z. B. die obligatorische Kaufvertragsforderung dem Verkäufer ein Recht auf den Kaufpreis. Immer muß aber bei dem obligatorischen Anspruch der Zusammhang mit dem Objekt des Anspruchs besonders hergestellt sein, während beim dinglichen Recht dieser Zusammenhang infolge seiner Natur von vornherein besteht. Ein Beispiel mag dies erläutern: Das Pfandrecht berechtigt den Gläubiger, Befriedigung aus der Sache zu suchen; damit ist ein Recht auf den Erlös aus der bestimmten belasteten Sache gegeben. Der obligatorische Anspruch richtet sich dagegen nur gegen die Person des Schuldners. Daraus folgt, daß der Gläubiger beispielsweise bei einer Geldforderung nicht allgemein ein Recht auf Geld hat, welches aus dem Vermögen des Schuldners stammt. In dem oben genannten Fall der Kaufpreisforderung wird die Verbindung des Anspruchs mit dem Kaufpreis dadurch hergestellt, daß der Schuldner Geld aussondert und dem Gläubiger solvendi causa übereignet. Wie aber soll der Zusammenhang zwischen einer obligatorischen Forderung und dem durch Zwangsverwertung erzielten Erlös begründet werden? Sicher nicht dadurch, daß der Gläubiger unter ausdrücklicher Betonung sich wegen der Forderung befriedigen zu wollen (Verkauf der Sache als Pfand) zwangsweise in das fremde Vermögen eingegriffen hat. Denn dieser Eingriff ist unrechtmäßig und kann dem Gläubiger daher ebenso wenig ein Recht auf das durch den Eingriff Erzielte geben, wie wenn er unter Hervorhebung eben dieser Befriedigungsabsicht eigenmächtig dem Schuldner Geld weggenommen hätte. — — Und doch besteht zwischen beiden Fällen ein tiefgreifender Unterschied. An die Wegnahme des Geldes knüpft das Gesetz nur für die hier vorliegende Frage unerhebliche Ersatzpflichten. Für die Pfandverwertung dagegen ist eine in diesem Zusammenhang bisher nicht berücksichtigte Fiktion aufgestellt. „Die Forderung gilt als vom Eigentümer berichtigt, soweit der Erlös dem Gläubiger gebührt." Eine entsprechende Fiktion findet sich in § 819 ZPO: „Die Empfangnahme des Erlöses gilt als Zahlung." Inhaltlich besagen beide Fiktionen dasselbe. Die Forderung erlischt, ebenso als wenn gezahlt wäre. Denn wie sollte die Berichtigung durch den Eigentümer anders erfolgen als durch Zahlung. Ist aber eine Zahlung

des Eigentümers an den Gläubiger fingiert, so müssen sich an diese Fiktion auch sämtliche normale Rechtsfolgen einer gewöhnlichen Zahlung knüpfen[1]). Durch die in der Zahlung liegende Aussonderung und Übereignung solvendi causa erhält der Gläubiger, wie dargelegt wurde, ein Recht auf die gezahlten Geldstücke. In § 1247 gilt der Erlös als vom Eigentümer gezahlt, der Gläubiger erhält also ebenso ein Recht darauf, wie wenn der Eigentümer die Erlösgeldstücke gezahlt hätte.

Somit kann auch ein obligatorischer Anspruch dem betreibenden Gläubiger ein Recht auf den Erlös geben. Da das Recht auf den Erlös mit dem „gebühren" in § 1247 gleichbedeutend ist, werden die gewöhnlichen Traditionsregeln nach dem Wortlaut des § 1247 nur für den Teil des Erlöses durchbrochen, der zur Deckung der obligatorischen Forderung nicht erforderlich ist[2]). Um dem etwaigen Einwand zu begegnen, infolge der obligatorischen Forderung bestände zwar „an sich," ein Recht auf den Erlös, dieses Recht sei aber durch die Unrechtmäßigkeit des Eingriffs ausgeschlossen[3]), sei nochmals hervorgehoben, daß hier zwischen den einzelnen Stadien der Zwangsverwertung zu unterscheiden ist[4]). Dem Erlös haftet die Unrechtmäßigkeit der Verwertung nicht an; denn in dem entsprechenden Fall eines bestehenden gültigen Pfandrechts hat der Gläubiger bei Unrechtmäßigkeit der Zwangsdurchführung nach der einen Ansicht ein Recht auf Eigentumserwerb durch Übereignung, nach der andern durch Aneignung. Ist das Recht auf den Erlös dort durch die Unrechtmäßigkeit des Vorgehens nicht ausgeschlossen so kann es auch hier nicht ausgeschlossen sein. Denn weitere Abstufungen der Unrechtmäßigkeit als heilbare und unheilbare kennt das Gesetz nicht. Bei dem mangelnden Pfandrecht handelt es sich aber ebenso wie oben um eine Nicht-Rechtmäßigkeit, die den gutgläubigen Erwerb nicht ausschließt (§ 1244).

Die Frage, welcher Art die Forderung sein müsse, damit dem Gläubiger der Erlös gebührt, beantwortet Leonhardt dahin, daß nur eine „Forderung mit Verwertungskraft" genüge[5]). Dem ist zuzustimmen. Ist die Forderung nicht voll gültig, z. B. noch nicht fällig, so hat der Gläubiger zu dieser Zeit noch kein Recht auf den Erlös.

---

[1]) Knauer S. 59.

[2]) So Leonhard S. 216.

[3]) Knauer S. 51.

[4]) Leonhard S. 212.

[5]) a. a. O. S. 217.

Auch eine Naturobligation genügt nicht, da durch eine solche eine Verbindlichkeit nicht begründet wird.

Der obige Grundsatz muß noch eine weitere Einschränkung erfahren. Nicht in allen Fällen genügt eine Forderung mit Verwertungskraft. Wie das dingliche Recht auf den Erlös durch ein stärkeres im Range vorgehendes Recht ausgeschlossen wird, kann umsomehr das obligatorische Recht durch ein stärkeres ausgeschlossen sein. Das gilt zunächst für den Fall, daß die Sache mit dinglichen Rechten (Nießbrauch oder Pfandrecht) belastet ist. Ist z. B. das dem Range nach erste Pfandrecht nichtig und betreibt der scheinbar erste Pfandgläubiger den Verkauf, so gebührt dem in Wahrheit ersten Pfandgläubiger der Erlös in Höhe von dessen dinglicher Forderung vor dem nur obligatorisch berechtigten Scheinpfandgläubiger. Da der Erlös dem letzeren insoweit nicht gebührt, tritt dieser Erlösteil an die Stelle des Pfandes. Uebersteigt der Erlös den dem wahren Pfandgläubiger gebührenden Betrag, so erwirbt der Scheinpfandgläubiger an diesem Erlösteil in Höhe seiner obligatorischen Forderung Eigentum, da insoweit sein Recht auf den Erlös nicht durch stärkere Rechte beeinträchtigt ist. War die Sache mit einem Nießbrauch belastet, so tritt nach dem oben Dargelegten gänzliche Surrogation ein.

Weiter wird das obligatorische Recht des Gläubigers auf den Erlös durch das Eigentum eines Dritten an der Sache ausgeschlossen. Hierher gehört der Fall, daß die versteigerte Sache nicht im Eigentum des persönlichen Schuldners stand. Wie der Gläubiger so hat auch der Eigentümer ein Recht auf das fingierte [1]) Surrogat der Sache. Dieses allwirksame Recht des Eigentümers geht dem persönlichen Anspruch des Gläubigers, der nicht gegen ihn sondern gegen einen Dritten, den Schulder, gerichtet ist, vor. Anders, wenn der Schuldner Eigentümer der Sache war. Auch er hat als Eigentümer zwar ein Recht auf das fingierte Surrogat. Dieses Recht wird aber hinsichtlich des Dekungserlöses durch das gegen ihn gerichtete Forderungsrecht, weil es das speziellere ist, zurückgedrängt. Daß ein obligatorisches Recht stärker sein kann als ein dingliches, zeigt sich deutlich daran, daß z. B. gegenüber dem Eigentumsanspruch die Einreden aus dem Schuldrecht des Mieters durchdringen, wenn sich das Schuldrecht gerade gegen den Eigentümer richtet (§ 986 BGB) [2]). Ebensowenig aber wie hier der Eigentumsanspruch durch ein nicht gegen den Eigentümer gerichtetes Schuldrecht beeinträchtigt wird,

---

[1]) Vgl. oben. S. 24 A. 1.

[2]) Vgl. Leonhard, Lehrbuch S. 13 IV A.

geht dem Recht des Dritteigentümers auf den Erlös ein nicht gegen ihn sondern gegen den persönlichen Schuldner gerichtets persönliches Forderungsrecht vor.

Daran ändert auch die in § 1247 enthaltene Zahlungfiktion nichts, denn die fingierte Zahlung ist und bleibt eine zwangsweise durchgesetzte. Würde es sich um eine freiwillige Zahlung handeln, so würde der Gläubige in jedem Fall und unbedingt ein Recht auf das gezahlte Geld erhalten, mag es der Schuldner selbst oder ein Dritter gezahlt haben. (vgl. 267 B. G. B.) Anders hier. Der Dritteigentümer gibt sein Eigentum nicht zu Gunsten des Gläubigers, wie es bei der freiwilligen Uebereignung geschieht, auf, sondern er hält an seinem Recht fest. Nur soweit die Rechtsordnung es vorschreibt, kann es ihm entzogen werden. Beide Rechte, Eigentum und Forderungsrecht, treten somit nebeneinander. In dieser Konkurrenz siegt auf Grund der allgemeinen Rechtsgrundsätze das allwirksame Recht, da es durch ein nicht gegen den Eigentümer gerichtetes obligatorisches Recht nicht beeinträchtigt wird. Zahlt der Schuldner auf eine natürliche Verbindlichkeit hin den naturaliter geschuldeten Geldbetrag, so erwirbt der Gläubige ebenso wie bei der freiwilligen Berichtigung einer fremden Schuld durch einen Dritten ein Recht auf das Gezahlte. So wenig aber wie der Gläubiger sein Recht im Wege des Pfandverkaufes zwangsweise gegen den nur durch eine Naturalobligation verpflichteten Schuldner durchsetzen kann, kann er es bei bestehender, vollgültiger Forderung gegen einen Dritten. Dieser Vergleich erscheint deshalb berechtigt, weil er für alle Fälle zwangsweiser Durchsetzung des eigenen Rechts gilt. So wie nur mit einer vollgültigen Forderung nicht aber mit einer Naturalobligation im Wege einseitiger Aufrechnung die Befriedigung durchgeführt werden kann, kann auch nur mit einer gegen den Gläubiger nicht mit einer gegen einen Dritten gerichteten Forderung wirksam aufgerechnet werden.

Daß der aus einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache erzielte Erlös dem Gläubiger nur gebührt, wenn er ein Pfandrecht an der Sache hatte, zeigt sich auch an folgendem Beispiel: Es verpfändet jemand gültig für eine fremde Schuld von 100 Mark eine ihm gehörige Sache. Der persönliche Schuldner erhöht nun durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gläubiger nachträglich die Fordernng von 100 auf 150 Mark. Dadurch wird die Haftung des dinglichen Schuldner nicht erweitert (§ 1210 BGB). Wird später das Pfand von dem Gläubiger versteigert, so würde, wenn das Eigentum des Dritten (Pfandeigentümers) das Recht des persönlichen Gläubigers auf den Erlös nicht ausschlösse, der

Gläubiger Eigentum an dem erzielten Erlös von 150 Mark erhalten. Denn der Gläubiger hatte eine vollgültige Forderung gegen den Schuldner in dieser Höhe. Anders nach der hier vertretenen Auffassung. Das Recht des Dritteigentümers wird durch den gegen den Schuldner gerichteten obligatorischen Anspruch nicht berührt. Wirksam ist ihm gegenüber allein das Pfandrecht, das seinem Recht aber auch als das speziellere vorgeht. Es gebührt demnach dem Schuldner der Erlös in Höhe seiner dinglichen Forderung, aber auch nur in dieser Höhe. Die persönliche Forderung gilt in Höhe von 100 Mark als vom Eigentümer berichtigt und in dieser Höhe erwirbt der Gläubiger Eigentum am Erlös. Daß dieses Ergebnis auch dem Sinn des § 1247 entspricht, zeigt § 1210, dessen Bestimmung nach der gegenteiligen Ansicht nur für den Fall Bedeutung hat, daß der dingliche Schuldner seine Sache durch Berichtigung der Forderung frei kauft.

Wenn dem Gläubiger aber im Falle der Lösung des Pfandes nur 100 Mark „gebühren", so darf ihm auch im Falle der Versteigerung nur ein gleicher Betrag zufallen. Ein Anspruch gegen den Gläubiger, der von dem dinglichen Schuldner 50 Mark zuviel erhalten hat, ist nach der abweichenden Auffassung nicht gegeben. Der Gläubiger hat nicht widerrechtlich gehandelt, da er ein Veräußerungsrecht hatte, ein Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger ist nicht gegeben, weil der Gläubiger als Äquivalent für den Erwerb der 50 Mark seine Forderung in voller Höhe verloren hat. Allenfalls ließe sich aus dem Pfandvertrag eine Rückerstattungspflicht des Pfandgläubigers in Bezug auf den erhaltenen Mehrbetrag ableiten. Dadurch würde aber der nach der Gegenansicht vorhandene Zwiespalt nicht beseitigt. Denn 1247 bezweckt eine dingliche Auseinandersetzung der am Pfand Beteiligten. Ebenso regelt § 1210 den Umfang der dinglichen Haftung des Pfandes. Nach dem Wortlaut kann nicht angenommen werden, daß dieser Paragraph etwa nur die Grundlage für eine spätere obligatorische Auseinandersetzung bilden soll.

In dem letzten Punkte weicht die hier dargelegte Auffassung von der Leonhards ab. Leonhard vertritt den oben bereits angedeuteten Standpunkt, daß dem Scheinpfandgläubiger der Erlös auch dann zur Befriedigung wegen seiner obligatorischen Forderung gebührt, wenn er durch Verwertung einer dem persönlichen Schuldner nicht gehörenden Sache erzielt ist. Auch in diesem Falle erwirbt also nach Leonhards Ansicht der Scheinpfandgläubiger in Höhe seiner (vollgültigen) Forderung Eigentum am Erlös. Es kann nicht bestritten werden, daß sich dieser Eigen-

tumserwerb aus den allgemeinen Traditionsgrundsätzen ergeben würde. Fraglich ist aber, ob diese allgemeinen Traditionsgrundsätze hier nicht außer Kraft gesetzt sind. Das sind sie m. E. durch die Regelung des 1247. Der Gläubiger erwirbt nicht allgemein Eigentum an dem Erlös, sondern nur insoweit, als ihm der Erlös aus dem Pfande gebührt. Er gebührt ihm nicht, wenn ein besser Berechtigter vorhanden ist. Die von Leonhard zur Begründung seiner Auffassung herangezogene Analogie des 819 C. P. O. ist deshalb von geringer Beweiskraft, weil die Regelung des 819 C. P. O. in Bezug auf diesen Punkt ebenso umstritten ist, wie die des 1247. Auch aus der Geschichte läßt sich, wie noch darzulegen ist, kein sicherer Schluß für die eine oder die andere dieser beiden Ansichten ziehen.

Wurde den bisherigen Ausführungen nur das Wort „gebühren" zugrunde gelegt, so bleibt nunmehr zu prüfen, ob sich nicht sonst aus dem Wortlaut des § 1247 ergibt, daß in allen Fällen der Eigentumserwerb des Gläubigers von einem gültigen Pfandrecht abhängig ist. Die Worte „Pfandgläubiger" und „Pfand" rechtfertigen diese Anahme nicht, da sie den Fall des Scheinpfandes umfassen. Aus dieser Wortdeutung umgekehrt zu schließen, daß § 1247 voraussetzt, daß auch dem Scheinpfandgläubiger etwas gebühren kann, daß also ein obligatorisches Recht genügt, dürfte mit Rücksicht auf die über diese Deutung vorhandenen Zweifel zu gewagt sein. — Ebensowenig besagen die Worte „zu seiner Befriedigung" irgend etwas über die Natur des Rechts, von dem der Eigentumserwerb abhängig gemacht ist. Denn auch das obligatorische Recht hat der Gläubiger „zu seiner Befriedigung". Die gegenteilige Annahme Knauers, daß das Wort „Befriedigung" ein Pfandrecht voraussetzt, ist unbegründet. Das Pfandrecht ist nur Voraussetzung für die rechtmäßige Durchführung, nicht für den tatsächlichen Eintritt der Befriedigung (§ 1204). Es bleibt unklar, welchen Ausdruck das Gesetz sonst hätte wählen sollen, um den Zweck zu bezeichnen, zu dessen Verwirklichung der Gläubiger ein obligatorisches Recht auf den Erlös hat.

Ist aber nicht zum Ausdruck gebracht, daß nur ein dingliches Recht dem Gläubiger ein Recht auf den Erlös gibt, so genügt nach dem Wortlaut ein obligatorisches. Dafür spricht auch die geschichtliche Entwicklung und die Analogie des bisherigen Rechts.[1]) In den früheren Rechten insbesondere im römisch gemeinen Recht wurde der Gläubiger stets (also auch bei mangelndem Pfandrecht) Eigentümer des Erlöses. Dasselbe würde auch

---

[1]) Leonhard a. a. O. S. 214.

nach heutigem Recht gelten, wenn nicht eben § 1247 eine Ausnahme von den gewöhnlichen Erwerbsregeln machte. Als Ausnahmevorschrift ist aber § 1247 dahin auszulegen, daß nur in den ausdrücklich bezeichneten Fällen, die schon für das frühere Recht geltende Regel durchbrochen wird. Nur wo der Gläubiger überhaupt kein wirksames Recht auf den Erlös hat, soll er ihn nicht zu Eigentum erhalten.

Auch der innere Zusammenhang des Gesetzes spricht für die hier vertretene Auffassung. Die Wirkung der Veräußerung auf den Eigentumserwerb an der Sache ist im Gesetz in zwei besonderen Paragraphen (§§ 1242 und 1244) geregelt und zwar verschieden danach, ob die Veräußerung rechtmäßig war oder nicht. Diese Trennung hat man bei der Wirkung der Veräußerung auf den Erlös nicht durchgeführt, sondern in § 1247 sowohl den Fall rechtmäßiger als unrechtmäßiger Veräußerung geregelt. Die Annahme, daß § 1247 nicht anzuwenden sei, wenn die in § 1243 genannten Rechtsmäßigkeitsvoraussetzungen verletzt sind, ist durch nichts gerechtfertigt [1]), wie oben im einzelnen dargelegt wurde. Nicht rechtmäßig ist der Verkauf aber auch dann, wenn dem Gläubiger ein Pfandrecht nicht zustand. Besonders hervorgehoben brauchte dies in § 1243 nicht werden, da es selbstverständlich ist [2]). Im übrigen ist der Fall des Pfandverkaufs ohne gültiges Pfandrecht in § 1244 hinsichtlich seiner Wirkungen dem der Veräußerung unter Verletzung der in § 1243 genannten Voraussetzungen gleichgestellt. — Regelt aber § 1247 das Recht am Erlös ohne Rücksicht auf Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der Veräußerung, so ist in ihm auch nicht das Bestehen eines gültigen Pfandrechts vorausgesetzt, da bei dessen Fehlen eben ein Fall der in § 1247 behandelten Unrechtmäßigkeit vorliegt. Nach dem Zusammenhang kann somit nur durch das Wort „gebühren" der Eigentumserwerb vom Bestehen eines dinglichen Rechts abhängig gemacht sein. Das ist, wie dargelegt, nicht der Fall. Gegen eine so enge Auslegung dieses Wortes sprechen auch die Motive [3]). „Der Gläubiger" soll „Eigentum, aber Eigentum nur insoweit erwerben, als der gezahlte Erlös nach seinem Rechtsverhältnis zu den übrigen Beteiligten ihm gebührt." Nicht auf Grund seines Pfandrechts muß der Erlös dem Gläubiger gebühren, sondern überhaupt mit Rücksicht auf sein „Rechtsver-

---

[1]) Diese Ansicht ist bisher noch nicht vertreten, nur Knauer dürfte ihr nach seinen Ausführungen nahe stehen.

[2]) Vgl. statt aller Kober, § 1243 Bem. 1.

[3]) S. 833/34.

hältnis zu den übrigen Beteiligten." Dazu genügt dem persönlichen Schuldner gegenüber auch eine obligatorische Forderung, wenn dinglich Berichtigte nicht vorhanden sind, die ein besseres Recht auf den Erlös haben.

Für die hier vertretene Auffassung spricht endlich, daß sie zu einem zweckmäßigen Ergebnis führt. Sie vermeidet einerseits die Unbilligkeiten, die sich daraus ergeben, daß der Gläubiger ohne Rücksicht auf die Höhe seiner Forderung Eigentum am g a n z e n Erlös erwirbt[1]), wobei noch zweifelhaft ist, ob durch diesen Eigentumserwerb die Forderung erlischt[2]) und läßt andererseits, wenn Schuldner und Sacheigentümer dieselbe Person sind, nicht den ganzen Erlös in das Eigentum des Schuldners fallen, der auf Grund der obligatorischen Forderung verpflichtet ist, Geld in Höhe der Forderung an den Gläubiger zu zahlen.

Eine Aufrechnung ist nicht möglich, da der Anspruch des Schuldners ein dinglicher und der des Gläubigers ein obligatorischer ist. — Die Festsetzung einer Leistungspflicht, bei der der Leistende ein Recht hat, das Geleistete oder etwas dem Geleisteten völlig Gleichartiges sofort wieder zurückzuverlangen[3]), ist sicherlich wenig zweckmäßig. Sie führt zu unnötigen Reibereien und Klagehäufungen. Deshalb hat das Gesetz mit Recht eine solche Regelung möglichst vermieden; bewußt getroffen dürfte sie nur für den Fall der verbotenen Eigenmacht sein, der allerdings eine große Ähnlichkeit mit dem vorliegenden aufweist. Denn auch der Scheinpfandgläubiger ist ein „Eigenmächtiger." Ohne den Willen des Schuldners und ohne vom Gesetz dazu ermächtigt zu sein, hat er sich zwangsweise wegen einer Forderung befriedigt. — Für diesen Fall treffen aber die Voraussetzungen, die zum Ausschluß der Einrede aus dem Recht auf den Besitz geführt haben, nicht zu. Würde das Gesetz diese Einrede bei der Besitzklage zugelassen haben, so würde damit die eigenmächtige Durchführung des Besitzrechts zu etwas Alltäglichem werden. Denn wenn der Eigenmächter dabei nicht gerade gegen das Strafgesetz verstößt, was keinesfalls die Regel bildet, so würde ihm aus dieser Art „Selbsthilfe" kein Schaden, sondern nur Vorteile erwachsen. Er erspart sich einen immerhin umständlichen Prozeß und hat sofort seinen Anspruch verwirklicht. Daß er schadensersatzpflichtig ist (§ 823 Abs. 2), wird ihn wenig

---

[1]) so Knauer.

[2]) Knauer verneint ein Erlöschen der Forderung. S. 61/62.

[3]) Der Schuldner braucht nur allgemein Geldstücke, die dem Betrage der Forderung entsprechen, zu übereignen, nicht gerade die erhaltenen. Praktisch ist dies jedoch ohne jede Bedeutung, da es sich eben um Geld handelt.

kümmern. Denn was für ein Schaden sollte dem früheren Besitzer erwachsen sein, der doch kein Recht mehr auf den Besitz hatte? — Anders ist die Rechtslage bei der Verwertung einer Sache des Schuldners als Pfand. Der erzielte Erlös wird fast nie dem Wert gleichkommen, den die Sache für ihren Eigentümer hat. Damit setzt sich der Gläubiger einer nicht unbedeutenden Ersatzpflicht aus, die ihn bereits genug abschrecken wird, sich seine Befriedigung selbst zu verschaffen. — Daß nur die Absicht, die selbständige Durchführung eines Rechtes durch den Berechtigten zu verhindern, für die Begründung einer Leistungspflicht trotz Rückleistungsrecht in § 863 BGB maßgebend gewesen ist, dürfte auch daraus erhellen, daß man von dieser Regelung für den Fall abgesehen hat, daß der Berechtigte nachträglich noch den rechtmäßigen Weg beschritten und ein rechtskräftiges Urteil erstritten hat.

Hat nun das Gesetz eine solche Regelung so weit als möglich vermieden, so ist nicht anzunehmen, daß sie ohne Grund für die unrechtmäßige zwangsweise Befriedigung getroffen sei. Das erkennt im allgemeinen auch die herrschende Meinung an. Ist die Zwangsdurchführung nur wegen Verletzung einer Rechtmäßigkeitsvoraussetzung unrechtmäßig, so erlangt der Gläubiger Eigentum am Erlös in Höhe seiner Forderung, ist also von der Zahlung an den Schuldner, der ihm wiederum zahlen muß, befreit. — Bei der Befriedigung ohne Pfandrecht handelt es sich aber doch auch um nichts mehr als eine unrechtmäßige Zwangsdurchführung. Was in einem Fall gilt, muß auch im andern gelten.

Abgesehen von dieser „Weitläufigkeit" kann die Gegenansicht aber auch schwere Unbilligkeiten zur Folge haben. Hat der Gläubiger durch die Verwertung einen Erlös in Höhe seiner Forderung erzielt, so kann er, wenigstens wenn er in Bezug auf die Gültigkeit des Pfandrechts gutgläubig war, seine Forderung nicht einklagen, da er sie für getilgt halten muß. Trotzdem kann aber der Schuldner noch nach 25 Jahren, wenn der Gläubiger die Beweismittel für seine getilgt geglaubte Forderung längst aufgegeben hat, einen Anspruch gegen den Schuldner aus § 816 geltend machen[1]). — Dazu bedarf es nur des Beweises, daß die Pfandbestellung nichtig gewesen sei. Denn daraus ergibt sich für die Gegenansicht bereits, daß der Gläubiger durch die Pfandverwertung kein Eigentum am Erlös erhalten, und somit als Unberechtigter über das Geld verfügt hat. Diesem Anspruch

---

[1]) Dieser Grund ist von Leonhard bereits dafür angeführt, daß durch Aufrechnung gegen eine Nichtschuld die Forderung, mit der aufgerechnet wird, erlischt. Leonhard S. 220.

gegenüber kann der Gläubiger zwar trotz der inzwischen eingetretenen Verjährung seiner Forderung gegen den Schuldner die Einrede der Aufrechnung erheben, da die Forderungen sich aufrechenbar gegenüber gestanden haben (§ 390 Satz 2).

Will der Gläubiger aber aufrechnen, so muß er dazu die Gültigkeit seiner Forderung beweisen, was ihm nach so langer Zeit selten möglich sein wird. — Die hier vertretene Auffassung vermeidet diese Unbilligkeit. Eigentumserwerb tritt nur dann nicht ein, wenn der Gläubiger nicht einmal eine vollgültige Forderung hatte. Deren Fehlen muß also vom Schuldner zur Begründung eines Anspruches aus § 816 bewiesenw erden. Somit dürfte auch aus rein praktischen Erwägungen der hier vertretenen Auffassung gegenüber der herschenden Ansicht der Vorzug zu geben sein.